

ub

X-54-145236-2

51  
-S-

T.T.D./14

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID

Facultad de Derecho

LA PROVOCACION DEL SINIESTRO

EN EL CONTRATO DE SEGURO

II

TESIS para la obtención del grado  
de Doctor, presentado por -  
el Licenciado

RICARDO ALONSO SOTO

Director de la Tesis Prof. Dr. AURELIO MENENDEZ MENENDEZ.

Reg. F.D. 20.401



La influencia del comportamiento del asegurado sobre el curso del riesgo previsto en el contrato, es un tema de interés capital para el Derecho del seguro, que no ha pasado desapercibido para el legislador español; se ocupa del mismo, en efecto, en los escasos artículos que el Código de Comercio ha dedicado a la regulación de los contratos de seguro. La importancia del tema viene motivada no sólo porque la conducta del asegurado es un elemento esencial para determinar el nacimiento de la obligación del asegurador de pagar la indemnización, sino también porque a través del requisito de la asegurabilidad se pueden fijar los riesgos que puede abarcar el contrato, y la conceptualización de la provocación del siniestro como riesgo asegurable o inasegurable, llevará como consecuencia la validez o la nulidad del contrato.

Las líneas directrices de nuestro Derecho en materia de siniestros causados por el asegurado pueden resumirse en los siguientes términos: En primer lugar, el asegurador se hace responsable por todos aquellos siniestros debidos a la acción de una tercera persona, extraña al seguro, con independencia de la intencionalidad que concurra en ella (malquerencia de extraños). En segundo lugar, el asegurador asume también la obligación de indemnizar los siniestros causados por la culpa o negligencia del asegurado. En tercer lugar, el seguro cubrirá también los siniestros provocados por dolo o culpa de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente. Finalmente, la provocación intencional del siniestro por el asegurado li-



berará al asegurador del pago de la indemnización.

Si prestamos atención a los principios enunciados advertiremos que el elemento decisivo para que la provocación de un siniestro por el asegurado produzca unos u otros efectos radica en la calificación de la conducta del asegurado o en el requisito de la culpabilidad, tal y como veíamos en el capítulo anterior al tratar de la provocación del siniestro en general. Así pues, dejando a un lado el supuesto del siniestro causado por un extraño que no puede encajarse dentro del concepto de provocación que propugnamos y que a los efectos del seguro debe ser equiparado al caso fortuito, el examen de la cuestión relativa a la realización del siniestro quedará limitado al estudio de los diferentes grados de culpa en que puede incurrir el asegurado con su acción provocativa.

## CAPITULO IV

### EL DOLO COMO CAUSA DEL SINIESTRO

### 1.- Requisitos del evento doloso

Para la existencia de una provocación dolosa del siniestro se precisa desde un punto de vista general la concurrencia de los dos requisitos siguientes: una acción dolosa, que provenga del asegurado, y una relación de causalidad con el siniestro, es decir, que aquella acción sea la causa del --- evento.

La provocación precisa pues de una acción del asegurado que desencadena el evento. En el supuesto que contemplamos no se trata de cualquier tipo de actuación del asegurado, sino de una conducta del asegurado producida con dolo. El -- concepto y la significación del dolo en el Derecho del seguro será pues el primer punto que habrá que aclarar para la -- delimitación del supuesto objeto de nuestro estudio.

No existe un concepto válido o unívoco de dolo para -- las distintas ramas jurídicas. Se habla, en efecto, de un dolo civil, de un dolo penal, de un dolo administrativo, de un dolo procesal, que si bien responde a ciertos elementos comunes se distingue, en cambio, por sus efectos, su sanción o -- sus circunstancias. Los esfuerzos en favor de una definición de dolo que pudiera ser válida en general y por tanto aplicable a las distintas ramas jurídicas (382), no han pasado de

---

(382) Sobre este tema vid entre otros: COSSIO, El dolo en el Derecho civil, Madrid 1.955, p. 23; FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, Madrid 1.946, I, p. 35; SILVA MELERO, Ilícitud civil y penal, R.G.L.J., 1.946, I, p. 1; Id., Instituciones y términos del derecho civil en el derecho penal, R.D.P., 1.950, p. 26; id. Relaciones entre el Derecho civil y el derecho penal, A.D. Pen., 1.948, p. 246.

ser un mero planteamiento teórico.

La cuestión se complica aún más si se piensa que la falta de un concepto unitario de dolo se produce incluso dentro de algunas ramas del Derecho. Tal ocurre, por ejemplo, en nuestro ordenamiento civil, pues ni el Código ni la doctrina dan una definición de dolo; lo que sucede es más bien que se refieren a él, ya sea como vicio del consentimiento, al lado del error y la violencia, en la formación de los negocios jurídicos (Arts. 673, 997, 1.265, 1.269 1.270, 1.301, 1.302, 1.798 y 1.817 del Código Civil), ya como conducta culpable de quien causa daño a otro por acción u omisión (Arts. 196, 457, 1.080 y 1.092 del C.C.), ya, en fin, como conducta sancionada específicamente con la privación de derechos hereditarios (Arts. 674, 713 y 756 nº 6 y 7 del C.C.) (383). En general esa doctrina se refiere al dolo como una noción conocida y no entra en su definición (384). Por el contrario, en la doctrina penal se aborda el estudio del dolo dentro del marco de la culpabilidad como elemento integrante del delito, y en ella se encuentra siempre formulado el concepto de dolo (385). En

---

(383) En general vease De CASTRO, El negocio jurídico, Madrid 1.967, p. 147 y ss.

(384) Vid. en CASTAN, Ob. cit. III, p. 100; ALBALADEJO, Derecho civil, I, Barcelona 1.970, p. 473; y II, 1, -- Barcelona 1.970, p. 115; ESPIN, Manual de Derecho Civil español, III, Madrid 1.961, p. 229 y ss.

(385) Vid. por todos RODRIGUEZ DEVESA, Derecho Penal español Parte general, Madrid 1.971, p. 373.



el Derecho del seguro privado, no se encuentra formulada de un modo específico una noción de dolo aplicable tan solo al ámbito de este contrato, sino que, en general, se entienden aplicables los conceptos civiles, ya por la falta de una regulación específica ya porque el Derecho del seguro, como todo el Derecho Mercantil se presenta como una rama especial - del Derecho Civil y es a este ordenamiento al que, en última instancia habrá que remitirse siempre (386).

A nuestro juicio debemos entender por dolo la inten---

- 
- (386) En la doctrina alemana vid. FRANHEIM, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Hamburg 1.927, p. 45; PROELSS, Versicherungsvertragsgesetz, München-Berlin 1.965, p. 267; STUPP, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Köln 1.933, p. 18; PINCKERNELLE, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Karlsruhe 1.966, p. 42. En Suiza - al no haber ningún precepto específico en la Ley, por imperativo del art. 100 de la misma regirán las normas del Código de las obligaciones. (Vid. SCHUPPISSE, Die grob Fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach art 14. 2V.V.G., Bern 1.964, p. 23. En el mismo -- sentido en Francia, PICARD-BESSON, Traité... cit., I, p. 26 y ss. En Italia la cuestión no se plantea al estar regulado el seguro en el propio Código civil; en - cambio, en la doctrina anterior, puede verse VIVANTE, Il contratto... cit., I, p. 200. En el Derecho inglés los conceptos de dolo y culpa vienen formulados por el Derecho penal; de ahí son tomados por el Derecho del seguro. (PERCY, Charleswoort on negligence, London 1.962 p. 1 y 6; Mac GILLIVRAY-BROWNE, Insurance Law, London 1.961, p. 847). Entre nosotros refiriéndose al Derecho mercantil en general, vid. GARRIGUES, Curso de Derecho mercantil, I, Madrid 1.972, p. 27; BROSETA, Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1.971, p. 419. Ambos autores tratan del Derecho mercantil como rama del Derecho civil e incluyen en aquel el estudio del Derecho de seguros. En materia de seguros puede verse esta afirmación en GARRIGUES, Contrato de seguro terrestre... cit., -- p. 2.

ción o propósito de producir un daño antijurídico, o al menos, la conciencia de que tal daño ha de producirse como -- consecuencia de una conducta contraria a Derecho. Esta definición, que ha sido propuesta por un sector de la doctrina civil (387), ha sido también ampliamente recogida por nuestra jurisprudencia (388), y goza de general aceptación en la doctrina comparada del Derecho de seguros (389). En el --

- 
- (387) Este sector se ha inspirado de un modo especial en la definición que se da en la teoría general del derecho alemana que ve el dolo como una voluntad encaminada a producir una transgresión (Von TUHR, Parte general -- del Derecho civil, Madrid 1.927, p. 185). En nuestro derecho civil esta posición ha sido seguida entre --- otros por CASTAN, Ob. cit., I, 2, Madrid 1.963, p. -- 608 y por COSSIO, El dolo... cit., p. 23.
- (388) Veanse las sentencias de 20 de mayo de 1.959, de 28 -- de noviembre de 1.961, de 19 de diciembre de 1.961 y de 9 de Marzo de 1.962.
- (389) En la doctrina italiana DONATI define el dolo como -- una voluntad y consciencia del acto perjudicial (Tratato... cit., II, p. 131). En Alemania se le definirá como un querer consciente contrario a la obligación -- (BRUCK, Das Privat... cit., p. 656). KOENIG, en Suiza lo define como un conocimiento y voluntad de una acción contraria a derecho (Ob. cit., p. 253). PICARD-BESSON, en la doctrina francesa distinguen entre dolo e intención dando del primero una definición similar a las -- anteriores (Les assurances... cit., I, p. 103). Finalmente en el derecho ingles se presenta la "Wilful -- act" como una acción cometida con la intención de buscar un resultado determinado (la producción del si--- niestro) (PERCY, Ob. cit., p. 3).

supuesto que nos ocupa, el dolo será la provocación de un siniestro de un modo voluntario y consciente por el asegurado; es decir la provocación dolosa consistirá en la realización del siniestro por el asegurado intencional o maliciosamente, sabiendo que a través de su acción se producirá, queriendo que se produzca y aceptando el resultado. Si el acto no es totalmente querido o libremente ejecutado no habrá dolo.

El influjo del tratamiento que la doctrina penal ha dado al concepto de dolo, ha llevado también a plantearse en el campo del Derecho privado, como afirma Von TUHR (390) la cuestión, hoy todavía discutida, de si existe dolo --- cuando el agente ha previsto el efecto ilícito de su acto --- -teoría de la representación- o si por el contrario además de la previsión del efecto debe exigirse también la voluntad de que se produzca -teoría de la voluntad-. En nuestra opinión, que coincide en este punto con la doctrina más ---

---

(390) Von TUHR, Teoría general del Derecho civil alemán, III, 2, Buenos Aires 1.948, p. 169. Vease también la doctrina allí citada.

autorizada (391), para que exista dolo no basta la mera representación mental de un resultado, sino que ese resultado ha de ser querido por el sujeto. Si el resultado es indiferente, pero se quiere si se produce, estamos en presencia del dolo eventual (392). No existe dolo sino simple negligencia si se ha obrado con la esperanza de que aquél resultado no se produzca, o se ha tratado de evitarlo (por -- ejemplo, metiendo ruido para que despierten los que duermen en la casa que arde).

El dolo supone también una conducta contraria a Derecho, una intencionalidad de violar una norma o un deber de comportamiento (393). En todo caso el acto doloso supone -- una malicia, es decir, una transgresión del principio de --

---

(391) En la doctrina civil se manifiestan en este sentido -- TRAVIESAS, La culpa... cit., p. 275; CASTAN, Ob. cit., I, 2, p. 608 y ss. Sobre previsión y aceptación del -- resultado es interesante la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1.963. En el -- campo del seguro puede verse: BRUCK, Ob. ult. cit., p. 656 y ss.; EHRENZWEIG, Deutsches... cit., p. 266; --- SCHUPPISSER, Ob. cit., p. 45. En el Derecho francés -- se distingue entre falta intencional y falta dolosa. La falta intencional se define como la conducta que -- directamente redunde en la suspensión de la garantía del seguro y puede comportar una intención dañosa, -- aunque no de modo necesario. El tomador deberá tener en todo caso conocimiento de las consecuencias de su acción (PICARD-BESSON, Les assurances... cit., p. 103; SICOT-MARGEAT, Précis de la Loi sur le contrat d'assurance, Paris 1.962, p. 89. En el mismo sentido la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal de la Paix de Paris de 27 de septiembre de 1.955, en RGAT 1.955, p. 387).

(392) En este sentido TRAVIESAS, Ob. cit., p. 275

(393) ENNECCERUS, Ob. cit., I, 2, p. 426 y ss. VON TUHR, Ob. ult. cit., p. 170; CASTAN, Ob. locult. cit.



buena fe que preside la formación, el desarrollo y las consecuencias de los negocios jurídicos. No tiene importancia el conocimiento por parte del actor de la existencia de un seguro, ni si se exige a éste responsabilidad por la vía penal (394).

En cuanto al daño no es preciso que se produzca para que exista dolo, aunque si lo será para que surja la responsabilidad del asegurado (395). Tampoco se precisa la intención de dañar, que en el derecho de seguros vendría expresada por la voluntad de producir un daño al asegurador o la de lucrarse con la indemnización que se percibiría por el siniestro (396). Si el acto doloso se realizara con esta última finalidad, es decir con el ánimo decidido de percibir la indemnización, estaríamos en presencia, como veremos más adelante de un delito penal de estafa (397). Para que los -

(394) Así BRUCK, Das Privat... cit., p. 656

(395) BRUCK, Ob. cit., p. 195. En la doctrina civil COSSIO, Ob. cit., p. 96, y la bibliografía allí citada.

(396) Así DONATI, Trattato... cit., II, p. 132; BRUCK, --- Ob. cit., p. 658; PICARD-BESSON, Ob. ult. cit., p. 103. En contra la doctrina inglesa (Vid. PERCY, Ob. y loc. cit.).

(397) Sobre este tema vease lo espuesto en el capítulo anterior al tratar de la culpa o intención con respecto a la provocación del siniestro. La distinción entre dolo y fraude desde el punto de vista del Derecho civil puede verse en nuestra doctrina en COSSIO, Ob. cit., p. 12; TRAVIESAS, La culpa... cit., p. 276 y ss.

efectos del dolo se produzcan en el contrato de seguro basta con que el asegurado provoque el siniestro, sea cual sea, su intención o sus motivos; así por ejemplo en el caso de suicidio del asegurado dentro del período de carencia, el asegurador quedará liberado del pago de la prestación, aunque el suicida se diera muerte por otro motivo que no fuera percibir el importe del seguro. En nuestro Derecho se puede estimar que no se precisa la intención de dañar en base al artículo 1.107 del Código civil que contrapone el deudor de buena fe frente al deudor doloso, o sea, de mala fe, y para que ésta existe no se precisa intención de dañar sino solamente voluntad de incumplir (398).

El segundo de los requisitos necesarios a los efectos de la calificación del evento doloso, como integrante de un acto de provocación del siniestro, consiste en la intervención del asegurado. El dolo que causa el siniestro debe provenir de la persona del asegurado. Pero éste término -- que utilizan frecuentemente tanto la doctrina (399) como

---

(398) Vease en general: ALBALADEJO, Derecho Civil, II, 1, - Barcelona 1.970, p. 115 y 116. Vid. también las sentencias de 15 de diciembre de 1.956, 27 de febrero de 1.958, 28 de noviembre de 1.961, 19 de diciembre de 1.961, 2 de abril de 1.961 y 31 de enero de 1.968.

(399) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., p. 100 y ss.; - BRUCK, Ob. cit., p. 650; DONATI, Trattato... cit., II p. 131 y ss.; y en nuestra doctrina GARRIGUES, El contrato... cit., p. 214 y ss.

algunas legislaciones (400) no debe ser entendido, como ya hemos dicho en el capítulo anterior, en un sentido técnico preciso sino que por el contrario debe comprender también a todas aquellas personas interesadas en el contrato. La determinación de la figura del asegurado no plantea ningún problema cuando coinciden las personas del contratante y beneficiario, como sucede normalmente en el seguro de incendios que es el que nuestro Código regula. En los seguros por cuenta ajena, en los que las figuras del contratante y del asegurado aparecen claramente diferenciadas, no podrá causar el siniestro ni el tomador o contratante ni el asegurado; el primero porque su posición frente al asegurador no es otra que la del asegurado-contratante en los seguros por cuenta propia, y porque su actuación destruiría el alea del contrato; el segundo en base a que iría contra la buena fe que quien ha causado un siniestro pueda lucrar

---

(400) Las legislaciones del siglo pasado se refieren todas ellas a la conducta del asegurado tan solo a los efectos de la provocación del siniestro. Así por ejemplo el Código de comercio holandés en sus arts. 279 y -- 294; La Ley belga en su art. 16 o nuestro Código de comercio en su art. 196, hablan de hecho doloso del asegurado. Lo mismo sucede en la moderna Ley francesa de 1930 (art. 12), o en la Ley alemana que sólo se refiere a la culpa del tomador del seguro (art. 61). Otras leyes, en cambio, dan cabida a otros interesados en el contrato, como sucede en la Ley suiza que contempla la provocación del siniestro por el tomador o el derechohabiente (art. 14), o en el nuevo Código civil italiano, en el que se comprenden el tomador, el asegurado y el beneficiario (art. 1.900).

se con la indemnización (401). Esta misma argumentación debe ser aplicada a la figura del beneficiario de un seguro, que aunque jurídicamente es un tercero, está relacionada con el contrato y no puede comprenderse, por tanto, dentro del supuesto de la malquerencia de extraños garantizada -- por el seguro (402).

En los seguros de cosas se entenderá que es asegurado aquella persona que tiene un interés en la conservación de la cosa, como por ejemplo el propietario o el acreedor hipotecario. En los seguros de responsabilidad lo será la -- persona cuya responsabilidad queda cubierta por el seguro. En los seguros de personas se considerará asegurado aque-- lla persona sobre cuya cabeza se contrata el seguro, el to-- mador si es persona distinta del asegurado, y el beneficia-- rio, excepción hecha como más adelante veremos del suici-- dio.

Se discute en la doctrina que sucede en el caso de -- que existan varios interesados y el dolo provenga sólo de uno de ellos. PICARD y BESSON opinan que si hay varios interesados habrá que limitar las consecuencias del dolo a -- quien lo produjo, pues el dolo tiene un carácter personal, tanto en lo que se refiere a la conciencia como a la inten

---

(401) En contra de este criterio se manifiesta en la doc-- trina italiana SALANDRA, Commentario... cit., p. 280

(402) En favor de esta argumentación, en nuestro Derecho: OLIVENCIA, El comportamiento del asegurado como causa del daño, en Zweiter Weltkongress... cit., p. 238 y -- 239.



ción, y no cabe admitir una representación común de los - asegurados y hacer a todos partícipes de las consecuencias del dolo de uno de ellos. El coasegurado que no obró dolosamente tendrá pues derecho a la indemnización en la medida de su interés (403). En contra de este criterio se pronuncia BRUCK para quien lo que se debe tener en cuenta en el caso de que existan varios interesados y uno de ellos - ocasione el siniestro, es la homogeneidad de la relación - asegurada para con el asegurador, pues no cabe duda que la provocación del siniestro, aunque solo provenga de uno de los coasegurados altera la relación jurídica del seguro -- (404). A nuestro juicio parece más correcta la posición de aquellos autores franceses que imputan solamente al causante del dolo las consecuencias del mismo, pues en materia - de dolo, con arreglo a los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, debe emplearse siempre una interpretación restrictiva, aunque no se deben ignorar las dificultades que la aplicación de este criterio implica en la --- práctica (405). A esta misma solución podemos llegar si -- aplicamos por analogía a todos los seguros la regla contenida en el art. 788 del Código de comercio que refiriéndose al seguro marítimo establece que en el caso de que fuese contratado un seguro fraudulentamente por varios aseguradores, si alguno hubiere procedido de buena fe tendrá de recho a obtener la indemnización, quedando el asegurador -

(403) En este sentido PICARD-BESSON, Traité... cit., II, p.58

(404) BRUCK, Das Privat... cit., p. 650, seguido posteriormente por DONATI, Trattato... cit., II, p. 133.

(405) En este sentido se manifiestan en nuestra doctrina, - desde el punto de vista del dolo en general: ROCA- - PUIG, Estudios de Derecho privado, I, Madrid 1.948, p. 42. Sobre el dolo de varias personas como vicio -- del consentimiento vid: COSSIO, Ob. cit. p. 344

liberado de toda responsabilidad frente a los asegurados - que hubieren obrado con malicia. La similitud de este supuesto con el de la provocación del siniestro es grande, y por ello nos lleva a pensar que el principio de protección de la buena fe que rige en el caso de fraude debe regir -- también en el caso de dolo por parte de uno de los asegurados en la realización del siniestro.

En el caso de enajenación de la cosa asegurada el adquirente no puede causar el siniestro, pues se coloca una vez realizada la venta en la posición del tomador frente - al asegurador (art. 401 Código de comercio). Si el vendedor después de la venta o el comprador antes de la compra causan el siniestro puede serle imputada al comprador la culpa del vendedor o viceversa (406). Fuera de este caso, y dejando a un lado la responsabilidad por hecho de los auxiliares y dependientes, que estudiaremos en el capítulo - último de éste trabajo, el asegurado solo responde de su propia culpa. No responderá por tanto este de los hechos - dolosos ejecutados por su representante legal, mandatario gerente, administrador judicial, albacea, tutores y otros equiparados a éstos, porque el dolo del representante es - propio de éste y la representación legal no puede ampliarse a las acciones en contra de la Ley (407).

---

(406) BRUCK, Ob. ult. cit., p. 650

(407) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, p. 105; -- DONATI, Trattato...cit., II, p. 132; también BRUCK, Ob. y loc. ult. cit.

Cuando la posición del asegurado, contratante, o beneficiario es ocupada en un contrato de seguro por una persona jurídica, se suscita la cuestión de si podrán aplicarse en este caso las normas sobre la provocación del siniestro. Como veíamos en el capítulo anterior, la pregunta de si cabe o no que una persona jurídica provoque el siniestro debe ser ampliada de modo que podamos también interrogarnos sobre si esta persona puede actuar con dolo. La respuesta a esta cuestión ha suscitado muchas dudas no solo con carácter general, sino también en el campo concreto del seguro. Dejando a un lado el Derecho penal en el que no se admite la capacidad delictiva de las personas jurídicas (408), en las demás ramas de nuestro ordenamiento jurídico se admite la posibilidad de que estas actúen con plena capacidad aunque para ello deban valerse del concurso de personas físicas. El problema fundamental que la actuación de estas personas físicas en lugar de la persona jurídica plantea es el de la imputación de los actos de quien obra a la persona -- por la que obra. Es decir, ¿puede imputarse a una persona jurídica el siniestro dolosamente provocado por una persona física que le sirve de fundamento para su actuación?

La respuesta a ésta pregunta nos lleva ante todo a -- aclarar una primera cuestión que surge al contemplar que no

---

(408) Vid. en general: BARBERO, Responsabilidad penal de -- las personas jurídicas, R.D.M. 1.957, p. 285 y ss.

todos los sujetos que aparecen ligados a una persona jurídica se encuentran en una misma posición, sino que dentro de la misma las relaciones son muy diversas. En primer lugar nos encontramos con unas personas ligadas a la persona jurídica por unos vínculos de dependencia similares a los que determinan la responsabilidad por hecho ajeno; tal es el caso de la persona ligada por un contrato de trabajo y que se encuentra en una relación de subordinación similar a la contemplada en el art. 1.903 párrafo 4º del Código civil (dependientes). La provocación del siniestro por estas personas es irrelevante a los efectos de una culpabilidad directa de la persona jurídica, y tan solo tendrá interés a los efectos de una culpa indirecta o de una responsabilidad por los hechos de aquellas personas por las que se debe responder civilmente, que estudiaremos en otro lugar de este trabajo. Junto a estas personas existen otras, unidas a la persona jurídica a través de vínculos de diversa naturaleza, y que se caracterizan por contribuir a la formación de la voluntad de aquella, y que son quienes plantean el tema de la imputación de su conducta al ente en cuyo nombre actúan.

El segundo problema que se plantea es el de la relación que une a las personas físicas con las personas jurídicas a las que sirven, pues solamente conociendo la naturaleza de esta relación podremos proceder a una imputación de la culpabilidad de la conducta.

Con respecto a este tema la posición más extendida -



mantiene que no son las personas físicas quienes obran por el ente sino este quien actúa a través de unos órganos propios que están integrados por esas personas físicas (409), de modo que las consecuencias de un acto ilícito de la persona física que obra por la persona jurídica deberán atribuírsele a ésta (410). Sin embargo, hay que señalar, como dice IGLESIAS PRADA, que la idea de órgano no debe limitarse a la simple consideración de medio de formación y exteriorización de la voluntad del ente sino que el órgano debe ser contemplado desde un punto de vista más amplio como un instrumento jurídico que precisa el concurso de una persona física, no para su existencia sino para materializar su función. Por todo esto es necesario que se rechace la implicación de la persona física en el concepto de órgano, aún cuando por otra parte tengamos que afirmar que es la base del mismo. La persona física es el brazo ejecutor del -

---

(409) Sobre la problemática de la actuación de las personas jurídicas y más concretamente sobre la teoría orgánica en Derecho privado vease: FERRARA, Le persone -- giuridiche. Torino 1.956, p. 111 y ss.; MINERVINI, Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle -- persone giuridiche private, R.T.D.P., civ. 1.953, p. 940 y ss.; SANTI ROMANO, Frammenti di un dizionario giuridico, Milano 1.953, p. 145 y ss. En la doctrina española: ALBALADEJO, La persona jurídica, Barcelona 1.961; COSSIO, Hacia un nuevo concepto de persona jurídica, A.D.C., 1.954, p. 650 y ss.

(410) Vease en el Derecho Comparado: Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Compare de l'Universite de -- Paris, La personnalité morale et ses limites, Paris - 1.960, en especial DROBNIWG con respecto al Derecho alemán (p. 44), WORTLE en el Derecho inglés (p. 69), FOYER en el Derecho francés (p. 129) y GROSSEN en el Derecho suizo (p. 155).

ente y el medio a través del cual la persona jurídica expresa su voluntad, pero ante una actuación de la persona física - como órgano no podemos hablar de una conducta del ente sino de una imputación de los actos del sujeto que obra a la persona jurídica (411). Por lo tanto las conductas de las personas que integran los órganos de las personas jurídicas -- han de ser referidas a éstas, siempre que aquellas actúen - en su condición de tales, pues no es posible deslindar la - relación órgano-persona jurídica, y por consiguiente la imputación tendrá que hacerse a la persona unitariamente considerada y no al órgano autor del hecho. Así pues, la conclusión a la que podemos llegar a través de la llamada teoría orgánica es a la determinación de que cuando una persona física actúa como titular de un órgano, quien obra desde el punto de vista jurídico, es la persona jurídica.

La corriente doctrinal que descarta la idea del órgano, porque cree que a través de la teoría general de la representación puede lograrse una imputación de las consecuencias jurídicas de un hecho a quienes no han intervenido directamente en su realización material (412), debe rechazarse, pues de considerar según esta orientación, que la persona física actúa como representante de la persona jurídica, llegaríamos a la conclusión de que la persona jurídica sería

---

(411) IGLESIAS PRADA, Administración y delegación de facultades en la Sociedad anónima, Madrid 1.971, p. 107 y 108.

(412) FERRARA, Ob. cit., p. 133

irresponsable de los actos que en contra de la Ley realizará por ella la persona física que actuaba como su representante, pues como hecmos visto, el dolo del representante no puede imputarse al representado. Además el mantenimiento de esta teoría llevaría a cubrir siempre el dolo de los representantes, pues en el Derecho del seguro cabe la cobertura de la conducta dolosa de un tercero, incluso si éste es una de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente, y según esto podríamos llegar al absurdo de que en el caso de una sociedad propietaria de un inmueble - asegurado contra incendios, la provocación intencional del siniestro por parte de los administradores no llevaría aparejada la liberación del asegurador del pago de la prestación. Mediante la ficción de la personalidad jurídica, permitiríamos de este modo, que el causante de un evento pudiera lucrarse o beneficiarse de las consecuencias de su acto - contrario a Derecho. Por ello la doctrina que se ocupa del tema dentro del campo del seguro, afirma que la provocación del siniestro por los órganos de la persona jurídica debe producir para esta las mismas consecuencias que produce el dolo de las propias personas físicas (413).

---

(413) En el Derecho del seguro la doctrina se ha adherido - mayoritariamente a esta opinión. Vid.: BRUCK, Das -- privat... cit., p. 653 y nota 25 de esa página; PICARD-BESSON, Les assurances... cit., p. 105; Traitè... cit., II, p. 59. DONATI, Tratatto... cit., II, p. 132; SOLARI Ob. cit., p. 80; CARTON DE TOURNAIS, Ob. cit., I, p. 32 SALANDRA, Ob. cit., p. 280. En contra RESCIGNO, Il fatto degli amministratori e dei dipendenti di società e -- l'art. 1.900 del código civile. Ass. 1.949, I, p. 112. En nuestra doctrina, GARRIGUES, El contrato... cit., - p. 215, nota 17.

Ahora bien, esta afirmación no debe ser entendida en un sentido absoluto pues solamente tendrá relevancia la -- actuación del órgano dentro de la esfera que le es propia. Así el hecho doloso de una persona física integrante de un órgano que quede fuera de la actividad negocial de la persona jurídica no hará responsable a ésta. Tampoco cabrá imputar a la persona jurídica el dolo de uno de sus órganos si este actúa con exceso o abuso del poder que se le ha -- conferido. Al no poder serle imputada a la persona jurídica una provocación del siniestro en los casos arriba expues- tos, habrá que concluir que el asegurador no quedará libe- rado del pago de la indemnización del seguro. Esta situa- ción motiva el que se haya planteado la cuestión de si le será posible al asegurador subrogarse en estos casos en -- los derechos de la persona jurídica frente al causante del daño, una vez cumplida su obligación de indemnizar el si- niestro. El tema está estrechamente vinculado, en cuanto a su solución, a la diferencia existente entre el órgano y - el dependiente de la persona jurídica, pues con respecto a estos últimos no es posible la subrogación, y la doctrina se pregunta si esta posición no será aplicable a las actua- ciones del órgano fuera del ámbito de su competencia. La - solución, sin embargo, ha de ser negativa porque no se pue- de hablar en estos casos de que el fundamento para negar - la subrogación sea el hecho de que el asegurado no obraría nunca contra estas personas (414) ni tampoco el que, en de- finitiva, las consecuencias de la subrogación habrían de - recaer sobre la persona del asegurado, sino que la razón -

---

(414) SALANDRA, Comentario... cit., p. 280.





que motiva la exclusión de la subrogación en el caso de -- los dependientes del asegurado hay que buscarla en la idea de que la subrogación haría responsable al dependiente de una conducta de la cual solo el asegurado debe ser responsable por imperativo de la Ley (415), argumento que en modo alguno, podrá aplicarse al hecho realizado por un órgano de una persona jurídica que actúa al margen de su esfera de competencia.

Finalmente, y como último de los requisitos de la -- provocación dolosa, se exige que la intencionalidad del interesado esté directamente vinculada a la realización del siniestro, de modo que el acto voluntario sea la causa del mismo. No bastará pues un acto intencional del sujeto tendente a la provocación de un siniestro, sino que es necesario que entre el acto y el siniestro haya una relación de causa a efecto. Sobre el modo de determinación de la existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado -- nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior en relación con la provocación del siniestro.

---

(415) RESCIGNO, Ob. cit., p. 128

## 2. Regulación Legal del Dolo en el Derecho del Seguro

En nuestro Derecho positivo en el que falta una disciplina general suficiente sobre el contrato de seguro -- (416) no aparece tampoco una regulación consecuente del tema que nos ocupa. No faltan, sin embargo, en nuestro Código de comercio algunos preceptos que se refieren a la provocación intencional del siniestro por el asegurado, esencialmente el art. 396, referente al seguro de incendios, y el art. 423 relativo al seguro de vida, dejando ahora a un lado la materia relativa al seguro marítimo en la que, como

---

(416) Nuestro Código de comercio contiene una regulación -- del contrato de seguro que si bien supuso un gran -- avance frente al Código anterior ha quedado anticuada; en el Código no se encuentran más que unas disposiciones fragmentarias que tienen un carácter meramente dispositivo y supletorio de la voluntad de las partes, quedando pues fundamentalmente regulado este contrato, como dice el art. 385 del Código de comercio, por los pactos lícitos contenidos en las pólizas. Como ha señalado GARRIGUES, en el Código "se -- echan de menos disposiciones generales sobre el seguro contra daños, cosa que obliga a una generalización, a veces muy difícil, de las normas del seguro contra incendios. Estas mismas normas son insuficientes, así como las del seguro sobre la vida, donde no está prevista la complejidad de sus elementos personales. Finalmente, falta la regulación de otras formas del seguro de constante aplicación en la vida moderna" (El contrato... cit., p. 8)

hemos visto, se encuentran referencias de interés incluso - en las fuentes más antiguas (417).

A) El art. 396 en su párrafo 2º establece que "el asegura-- dor no responderá de los incendios ocasionados por el deli-- to del asegurado". La primera y más interesante cuestión que suscita la lectura de este texto es la relativa al sig--

---

(417) La limitación de la cobertura del seguro marítimo al caso fortuito y la exclusión del hecho humano puede - verse ya en las Ordenanzas de Burgos de 1.538, y más claramente aún en las Ordenanzas de Bilbao de 1.560, que excluyen los daños causados por dolo o culpa del asegurado de la cobertura del seguro (Cap. XLVI, --- XLVIII y L). Posteriormente establece también la ex-- clusión en las Ordenanzas de Bilbao de 1.737 (Cap. -- XXII nº 1) y en la Recopilación de las Leyes de In--- dias de 1.774, en los capítulos dedicados a las pólizas generales de viajes (Cap. XXXV y LIV del título - XXXIX). Nuestros Códigos de comercio no contienen un precepto claro en torno a la provocación del sinies-- tro en el seguro marítimo, pero del examen de diver-- sos artículos, como el art. 755 y 756 del Código vi-- gente, similares a los art. 861, 862 y 864 del Código de 1.829, podemos deducir que están excluidos del ám-- bito del seguro los riesgos debidos a dolo o culpa del asegurado. En el art. 755 que enumera los riesgos cu-- biertos observamos que todos ellos son debidos a caso fortuito o fuerza mayor, como establece de un modo ter-- minante la Sentencia de 24 de abril de 1.926 al afir-- mar que "se refiere este artículo a los incidentes de la navegación que tienen los caracteres del caso for-- tuito, que es el suceso inopinado o de fuerza mayor - que no se puede prevenir ni resistir". Por el contra-- rio son excluidos los riesgos debidos a la culpa del propio asegurado, de sus dependientes y la llamada ba-- ratería del patron como se deduce del examen del art. 756 del Código. (Vid. URÍA, El seguro marítimo, Barce-- lona 1.940, p. 121 y ss.; MENENDEZ, Aurelio, La noción de "batería" en el seguro marítimo, A.D.C. 1.970, p. 241.

nificado que ha de darse a la expresión "delito del asegurado", pues solo los siniestros originados por dicha causa están excluidos de la cobertura del seguro. El término delito comprende todo supuesto de dolo, o por el contrario, el legislador piensa solo en excluir de la cobertura del seguro, los delitos cometidos por el asegurado, recayendo sobre el asegurador la cobertura del dolo no constitutivo de delito?.

En principio cabe pensar que la expresión "delito del asegurado" está empleada aquí en su riguroso sentido técnico, es decir, referida al concepto penal de delito, quedando pues incluidos solamente conforme al art. 1º del Código penal, las acciones u omisiones voluntarias penadas por la Ley. -- La cuestión quedaría solucionada si se pudiera resolver el problema del concepto legal de delito en el sentido de que voluntario significara tanto como doloso (418). Pero la doctrina penal, como es sabido, no mantiene en este punto una posición unánime; mientras unos autores entienden que la voluntariedad del art. 1º del Código penal se refiere solo a la intencionalidad o maliciosa (419), otros estiman que la expresión "voluntarias" se refiere a una actuación libre y no coaccionada por parte del sujeto, brindando al art. 1º un --

---

(418) GARRIGUES, Curso... cit., II, p. 295.

(419) Vid. entre otros: PACHECO, El Código penal, I, Madrid 1.848, p. 81; FERRER, Comentarios al Código penal, I, Murcia 1.946, p. 23; JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, III Buenos Aires 1.965, p. 82; PUIG PEÑA, Derecho Penal. Parte General, I, 1.969, p. 206.



contenido más amplio que abarcaría tanto los delitos dolosos como los culposos (420). La jurisprudencia muestra también una orientación vacilante pues unas veces identifica la voluntariedad con la malicia o el dolo, en tanto que en otras se refiere a la voluntad no maliciosa para el caso de los delitos por imprudencia (421). La cuestión ganaría, a nuestro juicio, en claridad si se piensa, siguiendo a RODRIGUEZ DEVESA, que el Código no habla de acciones en abstracto sino de las acciones y omisiones penadas por la Ley. Son estas las únicas que adjetiva con la palabra voluntarias, de modo que habrá que entender que el art. 1º cuando cuestiona que es lo que ha de querer un sujeto para la comisión de un delito responde que una acción penada por la Ley; y si seguimos preguntando que acciones pena la Ley, habrá que

---

(420) GROIZARD, El Código penal de 1.870 concordado y comentado, I, Madrid 1.902, p. 35; ANTON ONECA, en Anton Oneca y Rodriguez Muñoz, Derecho penal, I, Madrid 1949 p. 140; CORDOBA, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1.962, p. 62; QUINTANO, Derecho penal de la culpa, 1.958, p. 205; QUINTANO-GIMBERNAT, Comentarios al Código penal, Madrid 1.966 p. 16; RODRIGUEZ MOURULLO, La presunción legal de voluntariedad, A.D.P., 1.965, p. 68; DEL ROSAL, Tratado de Derecho penal español, I, Madrid 1.968, p. 482.

(421) Vease en el primer sentido las sentencias de 10 de febrero de 1.872, de 18 de febrero de 1.876, de 24 de enero de 1.932, de 25 de febrero de 1.955 y de 26 de mayo de 1.967. Apoyando la segunda posición, en cambio, podemos citar entre otras las sentencias de 18 de mayo de 1.891, de 20 de enero de 1.942, de 4 de febrero de 1.960 y de 26 de febrero de 1.963.

responder que las conductas contenidas en los Libros segundo y tercero del Código penal (422). Lo que ha de querer el sujeto es realizar una conducta de las sancionadas en el Código (matar, no prestar socorro, etc.). La voluntad se encamina pues en unos casos al resultado y en otros tan solo a la mera actividad cuando la Ley no exige que el resultado se produzca, y esta voluntad es lo que se conoce con el nombre de dolo. La definición del artículo 1º se presenta así como una definición incompleta ya que se refiere únicamente al delito doloso y consumado. No es superflua, sin embargo, dicha definición pues cumple una importante función: que -- los delitos dolosos constituyen la referencia a la que están subordinadas todas las conductas punibles (423). La conducta penada por la Ley y referida al seguro de incendios -- que es la contemplada por el artículo 396 del Código de comercio está contenida en el Art. 556 del Código penal que establece: "El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de presidio menor si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a otro, hubiere causado defraudación o per

---

(422) RODRIGUEZ DEVESA, Ob. cit., p. 278

(423) RODRIGUEZ DEVESA, Ob. y loc. cit.

juicio o existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajena". (424).

Si bien es esta la única conducta sancionada en la -- Ley, la extensión propugnada con anterioridad de los preceptos relativos al seguro de incendios al resto de los seguros de daños (425) nos llevaría del mismo modo a buscar en el Código penal no solo entre los delitos de incendio sino también en otros tipos delictivos. Y así quedarán también -- excluidos de la cobertura del seguro las acciones dolosas -- consistentes en la defraudación o perjuicio del asegurador mediante engaño al ser constitutivas de un delito de estafa

(424) Este texto es similar al del art. 574 del Código penal de 1.870, vigente en el momento en que se dicta -- el Código de comercio, y cuyo texto era el siguiente: "Si las cosas incendiadas pertenecieren exclusivamente al incendiario, se le impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero o de -- causarle perjuicio, o si aún sin este propósito se le hubiere realmente causado, o bien si la cosa incendiada hubiere sido un edificio en lugar poblado".

(425) GARRIGUES, El contrato... cit., p. 7 y ss.; SANCHEZ -- CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1.970, p. 448; URÍA, Derecho Mercantil, Madrid -- 1.972, p. 556; y en cierto modo también BENITEZ de -- LUGO REYMUNDO, Tratado de seguros, Madrid 1.955, I -- p. 287.

en virtud de lo preceptuado en los artículos 529 nº 1, in fine, y 533 del Código penal. (426). La referencia a los delitos de estafa nos viene dada por la crítica que la doctrina penal ha formulado sobre la inclusión del delito de incendio con ánimo de defraudar a otro dentro del Capítulo VII, del Título XIII, del Libro II del Código penal, relativo al incendio y otros estragos en lugar de figurar en el Capítulo IV relativo a las defraudaciones pues esta modalidad delictiva no es otra que la comprendida bajo el nombre genérico de la estafa (427).

De acuerdo con estas consideraciones el asegurador no responderá del incendio que el asegurado provoque con intención de defraudar a una tercera persona, que será el propio asegurador en el caso que nos ocupa, o siempre que el asegurado quisiera causar a otro un daño o creara una situación peligrosa para los derechos de un tercero. Tampoco responderá el asegurador si el asegurado provoca un siniestro con intención de percibir la indemnización del seguro cualquiera que sea el ramo del seguro de que se trate. Esta orienta

---

(426) Art. 529: Incurrirá en las penas del artículo anterior:

1º. El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

Art. 533. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección, será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que se irrogare, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con la misma multa y arresto mayor.

(427) CUELLO CALON, Ob. cit., II, 2. Barcelona 1.967, p. 925



ción es seguida en nuestra doctrina mercantil por GAY de -- MONTELLA, que considera como elemento esencial para que exista el delito del que nos habla el artículo 396 del Código de comercio, el hecho de que el asegurado pretenda lucrarse con el incendio (428). Esta posición favorable a la identificación del término delito del que nos habla el Código de comercio con el delito penal es seguida también por GARRIGUES pues, aunque utiliza las expresiones "siniestros causados - intencionalmente" o "evento provocado voluntariamente" que nos podían llevar a pensar que el autor se está refiriendo a aquellos hechos que son consecuencia de un acto doloso del asegurado, lo cierto es que solo se refiere a una intención o voluntad maliciosa constitutiva de delito, afirmando con claridad que "nuestro Código de comercio exige no solo la - voluntad consciente de provocar el incendio, sino la concurrencia de circunstancias que califiquen como delictiva la conducta del asegurado" añadiendo después que "las leyes ex - tranjeras no exigen tanto, basta el dolo o la culpa grave - para excluir la responsabilidad del asegurador" (429). Es-- tos autores limitan por tanto la exclusión legal del ries - go contenida en el artículo 396 del delito sancionado penal - mente.

Las pólizas españolas de incendios, tal vez por la --

---

(428) GAY de MONTELLA, Código de comercio español comentado III, 1, Barcelona 1.948, p. 363.

(429) GARRIGUES, El contrato... cit., p. 214, nota 17

discusión existente en torno al significado de la voluntariedad del artículo 1º del Código penal, y porque, de considerarse que el artículo 396 del Código de comercio solo excluiría de la cobertura los delitos dolosos, quedaría la imprudencia punible del asegurado a cargo del asegurador, han establecido la siguiente cláusula: "El seguro en ningún caso cubre los daños causados por el delito del asegurado o por imprudencia del mismo constitutiva de delito" (430). Esta opinión ha sido compartida también por un sector de la doctrina, dentro del campo del seguro, que considera que por delito del asegurado debe entenderse no solo el delito de incendios sino también la imprudencia temeraria que entrañe responsabilidad penal (431).

Esta posición olvida que los dos tipos de delitos aquí referidos, el incendio y la estafa, se fundan en un elemento subjetivo que es el ánimo de lucro o la intención de defraudar o perjudicar a un tercero, que no dejan lugar a dudas sobre el hecho de que solo pueden cometerse a título doloso.

De otro lado no parece posible pensar que la menciona-

---

(430) Vease el apartado VI del art. 3º de la póliza de seguro contra incendios que dice textualmente: "El seguro en ningún caso cubre los daños causados 'por delito del asegurado o por imprudencia del mismo constitutiva de delito'".

(431) Vid. en general BENITEZ de LUGO RODRIGUEZ, Tratado de seguros, II, Madrid 1.942, p. 184

da cláusula de la póliza de incendios se extiende a los ni  
nuestros ocasionados por otros delitos que no sean el de in  
cendio de bienes propios con propósito de defraudar a otro,  
sancionado por el artículo 556 del Código penal; y sería ah  
surdo también que si por imprudencia se prendiera fuego a -  
unos bienes propios y como consecuencia de ello existiere -  
peligro de propagación a edificación, arbolado o plantio --  
ajeno, lo que constituye evidentemente una conducta delictiu  
va según el mencionado artículo 556, el asegurador quedará  
liberado de su obligación de pagar la indemnización, mien--  
tras que la misma conducta, si no existiera peligro de pro-  
pagación, quedaría cubierta por el seguro.

La adopción de esta tesis favorable a la identificación de la expresión delito del artículo 396 del Código de comercio con el concepto de delito en el Código penal nos llevaría fatalmente a la conclusión de que solo aquellas conductas sancionables en el ordenamiento penal estarían excluidas de la garantía del seguro, debiendo responder el asegurador de la provocación dolosa del siniestro que no haya producido daños a terceros y que no haya sido realizada con intención de defraudar. A nuestro juicio sería inmoral y -- contrario al orden público el que una persona pudiera recibir una indemnización por la destrucción voluntaria y consciente de un objeto asegurado, por la realización de un siniestro, máxime cuando la prueba de la existencia de un "animus nocendi", de una intención de perjudicar al asegurador es tan difícil de probar.

Cabría pensar entonces que el término "delito" que -- aparece en el párrafo 2º del artículo 396 del Código de comercio podría referirse al llamado delito civil. El delito civil, encuadrado dentro de la categoría de los actos ilícitos, consiste en un acto dañoso realizado con intención -- de dañar o, al menos, con conciencia del daño causado (432). La doctrina civil ha abandonado hoy esta terminología, porque se prestaba a confusión con el delito penal, y sobre todo porque la distinción entre delito y cuasi delito civil -- carece de interés práctico, pues tanto los delitos (actos dolosos) como los cuasi delitos (actos culposos) producen -- las mismas consecuencias jurídicas, como son las de tener -- que reparar el causante, los daños causados (433).

El mismo Código civil ha abandonado también esta distinción. Al enunciar en su artículo 1.089 las fuentes de -- las obligaciones, señala, como es sabido, que éstas nacen -- de la Ley, de los contratos y de "los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier clase de culpa o negligencia". Se podría estimar, sin embargo, que el precepto --

---

(432) CASTAN, Ob. cit., IV, Madrid 1.969, p. 837; ESPIN, Manual de Derecho español civil español, III, Madrid -- 1.961, p. 470; PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Notas al tratado de ENNECCERUS... cit., II, 2, p. 623 y ss.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, II, 2, Barcelona 1.956, p. 666 y ss.

(433) CASTAN, Ob. cit., IV, p. 839; PUIG BRUTAU, Ob. cit., II, 2, p. 670.



mantiene la distinción entre delitos y cuasi delitos, entendiendo por delitos las acciones u omisiones ilícitas, y por cuasi delitos aquellos en que intervenga culpa o negligencia, pero la interpretación más correcta estima, a nuestro juicio con acierto, que la segunda frase no es si no una aclaración de la primera; para el legislador un acto será ilícito si en él interviene la culpa o la negli--gencia (434).

Se puede afirmar así que actualmente no existe otra categoría de delitos que los propiamente penales, Algo -- muy distinto es lo que sucedía en el momento de publicarse el Código de comercio, que, recordémoslo aquí, es an--terior al Código civil; en efecto en el momento en que -- se redacta el artículo 396 del Código de comercio, estaba todavía vigente en la doctrina la clasificación cuatriparartita de las fuentes de las obligaciones: contrato, delito,

---

(434) COSSIO, El dolo... cit., p. 74 y ss.

cuasi contrato y cuasi delito (435). Al redactar el precep-

(435) Con anterioridad al Código civil, la doctrina seguía reconociendo el esquema clásico de las fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasi contrato, el delito y el cuasi delito, basada en la clasificación cuatripartita procedente del Derecho romano justiniano. El delito según esta clasificación -- era el acto intencional, y el cuasi delito el acto negligente. Ahora bien, en el Derecho romano se distinguía como es sabido -- entre el "crimen" que era un delito contra la sociedad o el orden público, y el "delictum" que se trataba de un delito privado que atentaba contra los bienes del individuo y solo daba origen a una indemnización pecuniaria (GUTIERREZ ALVIZ, Diccionario de Derecho romano, Madrid 1948, p. 142 y 163). Este delito privado comprendía las siguientes modalidades: *furtum*, rapina, injuria, *dannum* (ROMERO y GINZO, Sala novísimo o nueva ilustración del Derecho real de España, Madrid 1843, p. 334 y ss.). El *dannum* era el daño ocasionado en una cosa debido a dolo o culpa de una persona (DIEZ PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patriarcal, Madrid 1970, p. 382). Esta doctrina se quiebra con la aparición de los Códigos penales que regulan la responsabilidad civil procedente de los delitos penales, lo que motiva que algunos autores hablen de delitos y cuasi delitos como de delitos y faltas regulados por la norma penal, olvidando la existencia de los delitos civiles (DOMINGO DE MORATO, El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus interpretes, en especial de las instituciones de D. Juan Sala, II, Valladolid 1868, p.472 SANCHEZ DE MOLINA, El Derecho civil español, Madrid 1871, p.504 FERNANDEZ ELIAS, Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español, Madrid 1873, p.662). Sin embargo, la doctrina más representativa sigue manteniendo la distinción tradicional entre delito y cuasi delito en el mismo sentido que las --- fuentes romanas (ROMERO y GINZO, Ob. cit., p.334; GOMEZ DE LA SERNA, Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español, II, Madrid 1863, p.119) o bien separando el dolo (delito) de la culpa (cuasi delito) (GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN Elementos del Derecho civil y penal de España, II, Madrid 1874, p.178) o bien siguiendo las modernas orientaciones de la doctrina europea y considerando como fuente de las obligaciones, de un lado los hechos ilícitos de carácter civil, como son los causados por dolo o culpa no constitutivos de delito penal -delito civil-, y de otro los hechos ilícitos punibles, sancionados por el Código penal -delitos penales- (SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho civil, 4, Madrid 1899, p. 137 y 1.011)

to que comentamos el legislador mercantil pudo muy bien tener presente la doctrina civil, que en aquellos momentos -- predominaba, y considerar que el asegurador no debía en ningún caso responder del delito civil del asegurado.

Por delito civil se entiende el hecho por el que una persona causa, por dolo o malignidad un daño o quebrantó a otra; el cuasi delito será el hecho imprudente por el que se causa un daño a otro (436). El delito civil no es por -- tanto otra cosa que el dolo, la intención maliciosa de dañar. Este delito civil es más amplio que el delito en sentido penal, pues abarca todos los hechos dolosos y no solamente aquellos sancionados por la ley penal. El delito penal -- será también un delito civil si como consecuencia de aquel resulta un daño que haya sido causado de propósito (437). -- La doctrina es unánime al afirmar que la característica primordial del delito civil es la intencionalidad o el dolo.

---

(436) Esta definición está tomada de POTHIER, Traité d'obligations, Paris 1.861, nº 116, cit. por COSSIO, El dolo ... cit., p. 74).

(437) Así se manifiesta fundamentalmente la doctrina civil francesa que ha sido, en gran medida, inspiradora de la nuestra (Vid. ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, Traité -- pratique de Droit civil français, VI, Paris 1.930, - p. 670; LALOU, La responsabilité civile, Paris 1.932, p. 7; SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en Droit français, I, Paris 1.951, p. 17. También LAURENT Principes de Droit civil, XX, Bruxelles 1.876, p. 407).

En base a estas consideraciones podemos concluir estimando que a tenor del artículo 396 del Código de comercio, el asegurador no responderá de los daños derivados de incendios causados por el hecho doloso del asegurado, con independencia de que sea o no constitutivo de delito. Confirma esta interpretación el texto de la Exposición de Motivos -- del Código de comercio que al referirse al seguro contra incendios afirma textualmente; "mas como es un principio de Derecho que nadie debe convertir en provecho propio las consecuencias de un acto ilícito, quedan excluidos del seguro los incendios que el mismo asegurado causare intencionalmente". Esta frase, en efecto, abunda en el argumento que exponíamos para rechazar la tesis de que el delito mencionado en el artículo 396 era un delito penado por la Ley, y resuelve también las dudas que pudieran surgir sobre la posible identificación del delito del asegurado con el dolo, tal y como lo veníamos propugnando. Por lo demás el Código de comercio no hace más que recoger las orientaciones que sobre la provocación del siniestro había propugnado la doctrina (438)

---

(438) Así por ejemplo GONZALEZ HUEBRA, afirma que "si fue el asegurado o algún otro de quien deba responder quien por malicia o negligencia culpable causa el riesgo, cesaría la responsabilidad del asegurador, pues sería injusto que se intentase contra éste una reclamación a la que había dado lugar el reclamante mismo a sus dependientes" (Curso... cit., I. p. 273). En el mismo sentido MARTI DE EIXALA aunque con referencia al seguro marítimo (Ob. cit., p. 308).



y se situa en la misma línea que las diferentes regulaciones del contrato de seguro en el Derecho comparado de su época, - aunque como veremos en el siguiente capítulo, con la salvedad de que nuestro Código admite sin ninguna reserva la cobertura de la culpa del asegurado (439).

Esta identificación del delito y el dolo es en fin, -- una constante en nuestra doctrina mercantil, para la que la - expresión "delito del asegurado", a la que nos venimos refiriendo, no planteó ningún problema interpretativo, pues estaba claro que se refería a la exclusión de la cobertura del seguro - de todos los hechos intencionales o dolosos (440). Es más, si

(439) Vid. el Código de comercio portugués de 1833 (art. 1755) el Código de comercio de Chile de 1865 (art. 552), la Ley belga de 1874 (art. 16), el Código de comercio italiano de 1882 (art. 434), y el Código de comercio de Rumania de 1887 (art. 459)

(440) Vid. ESTASEN, Instituciones de Derecho mercantil, III, - Madrid 1892, p. 472; ALVAREZ del MANZANO-BONILLA y MIÑANA Tratado de Derecho mercantil español, II, 1916, p. 399; RODRIGUEZ ALTUNAGA, Derecho Mercantil, Madrid 1917, p. 645 y 646; DE BENITO, L. Manual de Derecho Mercantil, III, Madrid 1929, p. 467 GONZALEZ DE ECHAVARRI, Comentarios al Código de comercio, IV, - Valladolid 1933, p. 78; URÍA, Derecho Mercantil, Madrid 1972, - p. 565; SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1973, p. 444; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Tratado de seguros, I, Madrid 1955, p. 23 y 24. En este mismo sentido se expresa también BROSETA, quien interpretando "a sensu contrario" el párrafo 1º del art. 396 excluye el dolo pues al garantizar los efectos del caso fortuito, del delito del tercero, y de la negligencia propia y de las personas de las cuales el asegurado debe responder civilmente está claro que el único riesgo no -- asegurable es el causado por dolo del asegurado, concluyendo - por tanto que la expresión delito se equipara a siniestros causados intencional y voluntariamente (Manual... cit., p. 425 y 446).

guiendo la pauta marcada para tantas otras materias relativas al seguro de daños la doctrina invoca el artículo 396, relativo al seguro de incendios, para extender la norma en él recogida a todos los seguros de daños (441). Esta generalización de la exclusión del riesgo de dolo, es decir, - de los siniestros causados intencionalmente por el asegurado, de la cobertura del seguro, es, por lo demás, perfectamente acorde con la doctrina del seguro que prevalece actualmente en el Derecho comparado (442), y con las legislaciones de los países más representativos como hemos visto en un capítulo anterior (443). Nuestras pólizas de seguros de daños recogen también, aunque con expresiones muy diversas, la exclusión de todo siniestro causado dolosamente -- por el asegurado (444).

- 
- (441) FGARRIGUES, El contrato... cit., p. 8; OLIVENCIA, El comportamiento del asegurado como causa del daño, en Zweiter Weltkongress... cit., p. 237 y ss.; SANCHEZ CALERO, Ob. cit., p. 456; URIA, Ob. cit., p. 556
- (442) Vid. en la doctrina francesa PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, p. 100; en Alemania BRUCK, Das -- Privat... cit., p. 647 y ss.; en Italia DONATI, Trattato... cit., II, p. 131; en Bélgica CARTON DE -- TOURNAI - VAN DER MEERSCH, Précis... cit., p. 43 (nº 269); en Suiza, ROELLI, Kommentar... cit., I, (Ed. - 1968, por KELLER) p. 236 y ss.
- (443) Vid. los arts. 12 de la ley francesa de seguros; art. 61 de la ley alemana, art. 14 de la ley suiza y art. 1.900 del Código civil italiano.
- (444) Además del ya citado art. 3º de la Póliza española de seguro contra incendios (Vid. nota 430) La póliza de rotura de lunas y cristales establece como riesgos excluidos "Las roturas producidas por negligencia grave,

B) El segundo de los preceptos de nuestro Código que contempla un posible supuesto de provocación dolosa del siniestro es el artículo 423 referente al seguro de vida. En este artículo se excluyen de la cobertura del seguro los siguientes casos: la muerte del asegurado a consecuencia de un duelo; el suicidio; y la pena capital si se sufre por delitos comunes. Como en tantos otros puntos nuestro Código de comercio no hace más que seguir aquí la misma línea que otras legislaciones del siglo pasado que excluían también estos mismos supuestos del ámbito del seguro (445).

Las conductas, que el artículo 423 excluye de la cobertura del seguro de vida, con tipos de conductas intencionales en las que la muerte deriva de hechos causados por el propio asegurado de un modo voluntario; es el asegurado, en definitiva, quien provoca su propia muerte. Esta es la explicación que da la Exposición de Motivos del Código, al --

---

temeridad o mala fe del asegurado" (MAPFRE, art. 1º V; CASER, art. 2º). La póliza de seguro de robo oy exposición dice así: "Tampoco puede ser objeto del seguro las pérdidas o daños ocasionados por dolo o culpa grave del asegurado sus apoderados o mandatarios" -- CASER (art. 4º). La póliza de seguro combinado de automóviles establece: "se entienden no comprendidos en la garantía del seguro: a) Los accidentes intencionalmente causados por el asegurado o por el conductor, a menos que hayan sido causados para evitar otros sucesos más graves" (BILBAO, art. 4º).

(445) Vid. el art. 450 del Código de comercio italiano de 1882; el art. 41 de la ley belga de 1874; el art. 307 del Código de comercio Holandés de 1838; el art. 1857 del Código de comercio pensiano de 1794; y el art. 575 del Código de Chile de 1865.

afirmar que tanto en el caso de duelo como en el de suicidio, el asegurado "se ha colocado voluntariamente en condiciones de recibir la muerte". Los motivos que conducen a la exclusión de la pena capital son diferentes, pues según la Exposición de Motivos, "si bien en este caso no ha dependido rigurosamente de su voluntad el perder la vida, sería altamente inmoral, por ejemplo, que el asesinato que conduce al cadalso al asegurado, fuese para sus herederos causa de lucro o provecho". Resulta así que de los tres supuestos -- contemplados por el Código, dos se excluyen en base a su intencionalidad y el tercero por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres. Esta interpretación, basada fundamentalmente en los términos en que se manifiesta la Exposición de Motivos, ha sido mantenida por la doctrina inmediata al Código, que en relación con el artículo 423 se limita, de un lado, a plantear el problema de la cobertura del riesgo de suicidio, y de otro, a señalar que para liberar al asegurador de su obligación de pagar la indemnización en caso de pena capital, habrá que tener en cuenta solamente la pena debida a delitos comunes y no políticos, cubriendo por tanto el seguro la condena de muerte debida a estos últimos -- (446).

---

(446) BLANCO CONSTANS, Estudios elementales de Derecho Mercantil, II, Madrid 1901, p. 696; ESTASEN, Instituciones... cit., III, p. 483; RODRIGUEZ ALTUNAGA, Derecho ... cit., p. 636.



a) Con respecto al duelo se afirmaba que debería que dar excluido pues se trataba de un delito sancionado por el ordenamiento penal (447). Sin embargo esta postura no puede ser hoy mantenida pues el duelo ha dejado de ser delito (448). Habría que argumentar, entonces, que se trata de un hecho intencional del asegurado. El asegurado busca directamente la muerte cuando acepta un desafío, lo cual no responde a la realidad de los hechos. No se trata de un hecho doloso en sentido propio, pues el asegurado no se causa la muerte por malicia, no quiere el resultado de muerte. Lo que el asegurado se propone y quiere es algo bien -

(447) Vid. los art. 439 a 447 del Código penal de 1870. En la doctrina mercantil mantienen esta posición: RODRIGUEZ ALTUNAGA, Ob. cit., p. 630; DE BENITO, Ob. cit. III, p. 490; GONZALEZ DE ECHAVARRI, Ob. cit., IV, p. 113; GAY DE MONTELLA, Ob. cit., III, 1º, p. 397; GARRIGUES, Curso... cit., II, p. 331. También BLANCO - CONSTANS, que sin embargo distingue entre el provocador del duelo y el aceptante, y critica que el Código haya concedido igual trato al que desafía a otro (en este caso habría voluntariedad) y al que por dignidad se ve obligado a aceptar el reto (Ob. cit., II, p. 696).

(448) El duelo, que era un delito sancionado en los Códigos penales de 1848 (arts. 349 y 357) y de 1870 (arts. 439 a 447) éste último vigente al publicarse el Código de comercio, dejó de serlo en la Reforma del Código penal de 1928 que expresamente estableció que la muerte en duelo sería castigada como la muerte ordinaria (art. 544), aunque se siguió sancionando como delito de provocación y la aceptación de un desafío (art. 543). Las reformas del Código penal de 1932 y 1944, silenciaron por completo la figura del duelo, que no se considera ya como un delito específico. Vea se sobre la sanción penal del duelo en nuestro Derecho y en el Derecho comparado: QUINTANO RIPOLLES, --

distinto, es salvar su honor mediante la muerte del adversario, o al menos, mediante la aceptación del desafío. No estamos pues en presencia de un hecho doloso del asegurado, - pues este no provoca el siniestro, sino que el siniestro se produce como consecuencia de una actividad del asegurado. - La posición más correcta será por tanto la de considerar -- que la muerte en un duelo no es un evento provocado directamente por el asegurado sino que se trata de un siniestro -- que se produce a consecuencia de una actividad ilícita de éste. Esta es la opinión mantenida en la doctrina por algunos autores entre los que destacan (SICOT-MARGEAT en Francia (449) y DONATI y SALANDRA en Italia (450)). Podrá pues plantearse si efectivamente el duelo es una actividad ilícita, aún no siendo delito penal, pero lo que es incuestionable es que no se trata de una muerte intencional o buscada de propósito.

---

Tratado de la parte especial del Derecho penal, I, -- Madrid, 1962, p. 303 y ss. En el Derecho del seguro - vid.: GARRIGUES, El contrato... cit., p. 584

((9) SICOT-MARGEAT, Précis de la Loi sur le contrat d'assurances, Paris 1.962, Comm. al art. 62, nº 626, p. 316.

(450) DONATI, Ob. cit., II, p. 143; SALANDRA, Commentario... cit., p. 425 y 429.

De acuerdo con esta estimación el estudio del duelo - deberá desplazarse al apartado que contempla las consecuencias de los siniestros causados por la actividad ilícita del asegurado. A todo esto hay que añadir, de un lado, que el - duelo es hoy una práctica en desuso, al menos en nuestro - país, y que por tanto se trata de un supuesto carente de - interés práctico; por otra parte, y en consecuencia con lo anteriormente dicho, las pólizas de seguro de vida han omitido la mención del duelo entre los riesgos que se excluyen de la garantía.

b) Lo mismo sucede con la muerte del asegurado a consecuencia de la pena capital impuesta por delitos comunes. La inclusión de este supuesto entre los riesgos excluidos - del seguro de vida ha sido vivamente criticada por la doctrina en base a que el exonerar en este caso al asegurador se hace gravitar la pena sobre los herederos del asegurado que se verán privados de los beneficios del seguro (451), - argumentando así en contra del criterio establecido por la exposición de Motivos de la inmoralidad de que la muerte -- del asegurado como sanción de un crimen sea fuente de lucro para los herederos de este. A nuestro juicio no cabe pensar, en efecto, en que los beneficiarios del seguro de vida estén

---

(451) GARRIGUES, Curso... cit., II, p. 332; LANGLE, Manual ... cit., III, p. 607.

obteniendo un provecho que derive directamente de una conducta criminal; éstos percibirán una indemnización, no a consecuencia del asesinato como fuente del provecho, sino por la muerte de la persona asegurada, con independencia de cual sea el motivo de esta muerte. Esta consideración nos lleva de nuevo al planteamiento del tema central que se estudia en este capítulo, el de la intencionalidad del siniestro. ¿Podemos pensar que se trata en este supuesto --condena a la pena capital-- de un siniestro provocado?. -- Desde luego que no. El hecho de estar una persona asegurada contra el riesgo de muerte no la lleva indefectiblemente al crimen (452). No se trata tampoco en este caso de un siniestro causado intencionalmente por el asegurado, pues cuando una persona comete un delito que pueda llevar aparejada la pena de muerte, no lo hace pensando en buscar directamente ese resultado de muerte, sino guiado por otros motivos. Estamos aquí también en presencia de un evento -- ocasionado por una actividad ilícita del asegurado. Este -- está actuando de modo contrario a Derecho, y como consecuencia de esta actuación le puede sobrevenir, como sanción, -- la condena de muerte. Algunos autores reducen incluso el -- ámbito de aplicación del supuesto señalando que la exclusión de la cobertura solo se refiere a la pena capital sufrida por delitos comunes y no por delitos políticos o --

---

(452) En este sentido GARRIGUES, El contrato... cit., p. 587



militares, pues estos últimos no pueden considerarse como intrinsecamente reprochables o antijurídicos, y no cabe por -- tanto hablar de la inmoralidad de su cobertura (453). Por lo demás y al igual que ocurría con el supuesto del duelo, también examinaremos esta figura encuadrándola dentro de los siniestros ocasionados por la actividad ilícita del asegurado.

c) Nos queda contemplar el último de los supuestos enu-merados por el artículo 423: el suicidio del asegurado. El -asegurador no responderá de la muerte del asegurado si este se suicidare. El suicidio es la muerte que una persona se -- causa a sí misma; por tanto se trata de un verdadero supues-to de evento intencional o doloso provocado por el asegurado. Sin embargo no todos los supuestos de suicidio pueden consi-derarse intencionales. El asegurado puede estar privado de -razón en el momento de darse la muerte, en cuyo caso estare-mos en presencia de un suicidio involuntario o inconsciente, es decir, no querido por el sujeto, y por tanto cubierto por el seguro. Esta distinción entre la conducta consciente e inconsciente de la persona que se da a sí misma la muerte ha -sido adoptada por la mayoría de la doctrina (454) y por la -

---

(453) DE BENITO, Ob. cit., III, p. 490; BROSETA, Ob. cit., - p. 467, nota 2.; GAY DE MONTELLA, Ob. cit., III, 1º, - p. 398; GONZALEZ DE ECHAVARRI, Ob. cit., IV, p. 114.

(454) GARRIGUES, Curso... cit., II, p. 331 y 332; LANGLE, Ob. cit., III, p. 607; SANCHEZ CALERO, Validez de la cláusula del contrato de seguro, en Estudios de Derecho pú--blico y privado en homenaje a D. Ignacio Serrano, Valla-dolid 1966, II, p. 424; URÍA, Derecho... cit., p. 597

jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de enero de 1.962. La distinción se funda principalmente en el proprio concepto de suicidio, que es la muerte que voluntariamente y de modo consciente se causa a sí mismo una persona, quedando pues excluida de la noción de suicidio, la muerte que se ocasiona una persona privada de razón, idea, que ya había sido, por otra parte, puesta de relieve por la Exposición de Motivos del Código cuando afirma que en caso de suicidio el asegurado se ha colocado "voluntariamente" en condiciones -- de darse la muerte, y por tanto por ello se considera al suicidio como un riesgo de la cobertura del seguro. A "sensu -- contrario", podemos afirmar que si la muerte no es volunta--ria no cabrá hablar de suicidio.

Hemos de entender, pues, que al referirse al suicidio voluntario y consciente del asegurado, el artículo 423 libera al asegurador de su obligación de pagar la prestación, -- pues se trata de un siniestro provocado dolosamente por el - asegurado y por tanto inasegurable. Sin embargo tanto en --- nuestra patria como en otros países, pese a la prohibición - del seguro del suicidio la práctica ha consagrado en las pólizas la cláusula de cobertura del riesgo de suicidio, una - vez transcurrido un determinado periodo de carencia, (455),

---

(455) La póliza española de seguro de vida establece un periodo de carencia de un año. (Si el asegurado falleciese a consecuencia de suicidio o tentativa de suicidio realizados en el transcurso del primer año de vigencia de la - póliza, siendo indiferente que el asegurado estuviese - o no en su cabal juicio, la compañía devolverá a los beneficiarios el importe de la prima. Después de transcurrido un año de vigencia de la póliza, la compañía asume dicho riesgo. (BILBAO. art. 5.a)).

pues se piensa que el instinto de conservación es superior y prevalece sobre el ánimo de lucro, es decir que fuera del caso de la persona que contrato un seguro en beneficio de un tercero, estando ya determinada a suicidarse, supuesto que queda en cierto modo excluido si se condiciona el pago de la indemnización al transcurso de un determinado período de carencia, nadie tratará de quitarse la vida para producir un beneficio a otro. Esta regla se consagra también ahora expresamente en las leyes de seguros más modernos (456).

d) Dejando para más adelante el estudio del suicidio como uno de los supuestos especiales de dolo no excluido de la cobertura del seguro, nos queda por estudiar aquí un tema que precisamente viene planteado en la doctrina por la discrepancia existente entre la regulación legal y la práctica de nuestras pólizas, fundamentalmente en el caso del suicidio. Se trata de considerar si el artículo 423 del Código de comercio es imperativo o por el contrario es derogable por acuerdo de las partes.

---

(456) En el Derecho comparado no hay unanimidad en cuanto al tratamiento del tema del suicidio, si bien se admite con caracter general su cobertura tras un periodo de carencia muy variable, En Francia, por ejemplo, la ley fija este período en dos años (art. 62) y lo mismo sucede en el Derecho italiano (art. 1927 del Código civil). - En los países en los que no se establece un período de tiempo en la legislación, la práctica se encarga de determinarlos. La fijación de los plazos de carencia, sin embargo, oscila mucho de unos a otros países. Así la práctica alemana ha establecido la carencia de un año (BRUCK, Das Privat... cit., p. 657). En Belgica se fija un plazo de dos años (CARTON DE TOURNAIS - VAN DER MEERSCH, Ob. cit., II. p. ). En Suiza el período de carencia adaptado por la práctica comprende tres años (SOLARI, Ob. cit., p. 91).

En la doctrina encontramos diversas posiciones. Para unos autores el texto es imperativo pues los tres supuestos que contempla giran en torno a la noción de delito del artículo 396 que taxativamente está excluido de la cobertura -- (457). Otros autores afirman con diversos argumentos que dicho texto es dispositivo y por lo tanto cabe cubrir por vía convencional los riesgos en él contemplados (458). Una tercera posición considera que hay que distinguir entre el duelo y la pena capital, supuestos que no cabe asegurar -- pues su seguro iría contra la moral y el orden público, y el suicidio que si no representa un fraude, es decir si no se busca de propósito la obtención de la indemnización, puede ser cubierta por el seguro. Contiene pues el artículo -- 423 dos reglas una de orden público e inderogable, relativa al duelo y a la pena capital, y otra dispositiva relativa al suicidio (459). No es nada sencillo dar solución al problema. Del examen de los artículos del Código relativos a los seguros podemos afirmar en primer lugar que el artículo 423 parece imperativo por el modo en que está redactado: "El seguro... no comprenderá el fallecimiento si ocurriere en cualquiera de los casos siguientes". La expresión "no comprenderá" parece excluir todo pacto en contrario. En favor de es-

---

(457) En este sentido GONZALEZ DE ECHAVARRI, Ob. cit., IV, p. 112, y también con referencia al Derecho español VIVANTE, Il contratto... cit., III, Milano, 1887, p. 207

(458) BENITEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Ob. cit., III, 89; DE BENITO, J.L., notas a BOLAFFIO, Derecho mercantil, Madrid 1935, p. 301; GARRIDO COMAS, El contrato de seguro, -- Barcelona 1954, p. 314.

(459) RODRIGUEZ ALTUNAGA, Ob. cit., p. 636; GAY DE MONTELLA, Ob. cit., III, 1º, p. 397



ta interpretación está también, de un lado, el texto de la Exposición de Motivos del Código que se refiere a que los contratantes están autorizados para estipular los riesgos que pueden dar lugar a indemnización siempre que sean efecto de un accidente fortuito, no pudiendo pues cubrirse los derivados de la voluntad humana, y de otro el artículo 424 al establecer que "El seguro de muerte no comprenderá, salvo el pacto en contrario y el pago correspondiente por el asegurado de la sobreprima exigida por el asegurador: 1º. El fallecimiento ocurrido en viajes fuera de Europa. 2º. - El que ocurriere en el servicio militar de mar o tierra en tiempo de guerra. 3º. El que ocurriere en cualquier empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario o imprudente".

Si el legislador pensaba dar caracter dispositivo al artículo 423 no es facil explicar en efecto, por qué no recogió en el texto esa posibilidad de pacto en contrario, - expresamente consagrada para los impuestos del artículo -- 424.

Pero frente a estos argumentos, un sector de nuestra doctrina no ha dejado de manifestar una posición contraria invocando el artículo 385 del Código, a cuyo tenor "El contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos, consignados en cada póliza o documento y, en su defecto por las re

glas contenidas en este título" (460). Entendemos, no obstante, que esta interpretación que concede primacia a la voluntad de los contratantes sobre la Ley, como afirma SANCHEZ CALERO (461), sólo podrá mantenerse si los pactos son lícitos, como claramente dice el artículo 385; y en consecuencia antes de afirmar la naturaleza dispositiva del artículo habrá que examinar la licitud de las cláusulas que cubren los distintos riesgos. Con independencia de cuanto se dirá más adelante en relación con el suicidio, que es, como hemos visto, el único de los supuestos propiamente dolo de los contemplados por el art. 423, estimaremos siguiendo las ideas de VIVANTE, que la regla que resuelve el contrato en caso de suicidio, contenida en la mayoría de los Códigos, es una regla interpretativa deducida de la naturaleza del contrato, y por tanto derogable (462).

En conclusión podemos afirmar que en nuestro ordenamiento si bien no se contiene una norma general sobre el riesgo del dolo, este aparece claramente excluido en nuestro Código de comercio, en el seguro de incendios, y lo --

---

(460) Esta posición es mantenida por LANGLE (Ob. cit., III, p. 607) y seguida por otros autores: BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., III, p. 89; GARRIDO COMAS, Ob. cit., p. 314; URIA, Derecho... cit., p. 597.

(461) SANCHEZ CALERO, Validez... cit., p. 424

(462) VIVANTE, Il contratto... cit., III, p. 207.

mismo parece deducirse del art. 423, relativo al seguro de vida, aunque con una gran imprecisión. Del exámen de estos dos textos podemos extraer la idea de que en el ámbito del seguro no se considera como riesgo merecedor de la cobertura asegurativa, la provocación dolosa del siniestro por el asegurado. Así lo establece también la práctica de nuestras pólizas y la generalidad de la doctrina que se apoya en -- los dos textos citados y en diversos argumentos que derivan de nuestra tradición jurídica, la práctica actual y lo que viene a ser norma usual en el Derecho comparado.

### 3.- Naturaleza de la provocación intencional del siniestro

Cuando hablamos de la naturaleza de la provocación intencional del siniestro, nos referimos en primer lugar a la conceptualización bajo la cual ha de ser visto este supuesto en el ámbito de la doctrina, y en segundo lugar, al significado que ha de darse al hecho de que el ordenamiento jurídico sancione el siniestro dolosamente realizado. En efecto, si el asegurador no ha de responder de un siniestro cuando se produce por la actuación dolosa del asegurado, cabe preguntarse por el fundamento mismo en que se basa la liberación del asegurador de su obligación de pagar la indemnización. La respuesta a esta pregunta ha sido muy discutida en la doctrina del seguro, sobre todo en el Derecho alemán en el que la cuestión alcanza una gran trascendencia

práctica al relacionar este tema de la provocación del siniestro con el de la responsabilidad de las personas por los actos de aquellas otras que de él dependen o de las que se sirve en el cumplimiento de las obligaciones, cuestión que nosotros abordaremos en el último capítulo de nuestro trabajo (463). En el tema de la provocación del siniestro la cuestión puede en todo caso ser calificada de crucial pues de ella dependen las consecuencias jurídicas que se atribuyen al siniestro causado dolosamente por el asegurado.

La búsqueda del fundamento de la liberación del asegurado es un tema que ha sido ampliamente abordado por la doctrina de los diferentes países que, a diferencia de lo que sucede en la nuestra que prácticamente no se ocupa del tema, ha elaborado diversas soluciones que pasamos a exponer examinando también su viabilidad en nuestro Derecho.

---

(463) En Alemania se han publicado numerosos estudios sobre este tema entre los que podemos destacar: FRAMHEIN, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Hamburg, 1927; JOSEF, Volsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles, Z. Vers. Wiss. 1913, p. 233. NEUBERT, -- Schuldhaftes Herbeiführung des Versicherungsfalles, - Leipzig 1934; PINCKERNELLE, Die Herbeiführung des -- Versicherungsfalles, Karlsruhe 1966; STUPP, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Köln, 1933



La primera de las corrientes doctrinales postula la consideración de la existencia de una obligación legal o contractual de no provocar intencionalmente el siniestro que habrá de ser asumida por el asegurado. Este, por tanto, no podrá causar el evento pues incumpliría su obligación y como consecuencia el asegurador quedaría liberado del pago de la indemnización. Esta interpretación surgió en la doctrina alemana, que, como ya hemos dicho, es la más preocupada por el tema, al tratar de descubrir la naturaleza del artículo 61 de la V.V.G. que establece la liberación del asegurador del pago de la prestación si el tomador del seguro causa el siniestro por dolo o por culpa grave. Algunos autores creyeron pues que el mencionado artículo contenía la obligación de no causar el siniestro (464). Esta posición, que fue muy discutida en la doctrina alemana, mereció, sin embargo, un amplio eco en el Derecho inglés que la recoge para su aplicación, aunque limitada solamente al seguro de incendios (465). También sirvió de inspiración a los proyectos franceses de regulación del contrato de seguros de 1.904 y de 1.920, en los que expresamente se aludía a una obligación contractual, impuesta al tomador del seguro, de hacer todo lo que estuviera en

---

(464) GERHARD-HAGEN, Kommentar zum deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin 1908, p. 207; PROELSS, Versicherungsvertragsgesetz, München-Berlin 1963, p. 261.

(465) PORTER, The Law of Insurance, London 1933, p. 7.

su mano para evitar el siniestro (466); la formulación de esa obligación no se encuentra ya en la vigente ley de -- 1.930, en cuyo artículo 15 que enumera las obligaciones -- del tomador de un seguro, no se habla de la obligación de evitar el siniestro.

La tesis que considera la no provocación del siniestro como una obligación ha sido muy criticada en la pro-- pia doctrina alemana que alega que en la Comisión redactora del proyecto de Ley, un Delegado del Gobierno indicó -- claramente que no se trataba de establecer una obligación contractual de no provocar el siniestro (467). Tampoco ca be hablar de una obligación legal pues si el legislador -- hubiera querido establecerla habría optado por otra formulación del precepto (468). En contra del reconocimiento

- 
- (466) Vid. el art. 28 n° 4 del Proyecto francés de Ley sobre el contrato de seguro de 1904, y el art. 26 n° 4 del proyecto de 1920. En ambos textos se lee --- "L'assure est obligé de faire tout ce qui est en lui pour éviter la réalisation des risques ou pour disminuer les conséquences dommageables". Como vemos -- ambos proyectos se inspiraban en la opinión de -- GERHARD-HAGEN (citada en nota 464) que situaba esta obligación entre las de no agravar el riesgo (gefahrstand) y aminorar las consecuencias del siniestro -- (Schadenabwendung).
- (467) Informe de la 8ª Comisión del Reichstag de 7.12.1906 11º periodo legislativo, 2ª sesión, folio 602 (Cit. por PINCKERNELLE, Ob. cit., p. 4)
- (468) OFFERMANN, Die Leistungsfreiheit des Versicherers -- bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer, Erlanger Dissertation, 1930, p. 28.

de esa obligación se puede aducir que no puede contenerse en el sinalagma del contrato de seguro, pues el asegurador no se compromete a soportar el riesgo en el caso de que el tomador del seguro cumpla con su obligación; además en este caso la prestación del tomador no tiene un valor económico para el asegurador, es decir, que no podemos pensar que en un contrato de seguro se pueda exigir al asegurado una indemnización por haber causado el siniestro. (469). Otros autores rechazan esta tesis en base a que no es conveniente para los intereses del asegurador, que son los que se tratan de proteger en este caso, pues si el tomador incumpliera su obligación de no causar el siniestro, aquel vendría obligado a demandar al asegurador por el hecho de la provocación (pensemos en el caso del suicidio), e incluso exigirle una indemnización por el incumplimiento de su obligación. (470).

En el Derecho español tampoco aparece establecida una obligación semejante en nuestro Código, pues los supuestos que se contemplan en el artículo 396 (delito del asegurado, guerra, motin, terremotos, etc.) no permiten pensar en una obligación del asegurado de no causar el siniestro --

---

(469) MOELLER, Die rechtliche Konstruktion der Regeln über die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles J.R.P.V., 1929, p. 327 cit., por PINCKERNELLE, Ob. cit. p. 5.

(470) FRANHEIM, Ob. cit., p. 52; ROELLI, Ob. cit., I, p. 194.

sino que más bien se refieren a una delimitación del riesgo. Mayores problemas puede presentar, en cambio, con respecto a este tema, el texto del artículo 423 de nuestro Código. En efecto, en base a este texto se ha llegado a argumentar que una obligación de no provocar el siniestro se deriva de un principio general de buena fe que debe presidir el cumplimiento de los contratos y muy especialmente el de seguro (471). Pero esta explicación debe rechazarse pues el asegurador no tiene ninguna acción para obligar al asegurado a no causar el siniestro, y si esto es así, no se puede hablar de una obligación sino más bien de un deber de diligencia o lealtad que debe recaer sobre el tomador del seguro (472).

La no provocación del siniestro puede considerarse también como un presupuesto o una premisa para que se produzca la prestación pecuniaria del asegurador (473). Solo en tanto en cuanto no se presente esta premisa deberá in--

---

(471) En este sentido BENITEZ DE LUGO REYMUNDO aunque limitándose al caso del suicidio del asegurado (Tratado ... cit., I, p. 287).

(472) DONATI, Tratatto... cit., II, p. 135. Contra la objeción de que no cabe un incumplimiento coactivo es fácil responder que esto es propio de las obligaciones de contenido negativo en las que si no cabe volver a la situación primitiva, cabe una indemnización por el daño causado. Pero en este caso si no hay daño, porque el asegurador no está obligado a indemnizar en caso de dolo, no podrá surgir tal obligación (FANELLI, L'assicuarazioni privata contro gli... - cit., p. 203 y ss.

(473) HAGEN, Das Versicherungsrecht, en EHRENBURG, Handbuch ... cit., Leipzig 1922, p. 636; LENNE, Das Versiche-



demnizar el asegurador los daños producidos por el siniestro. El asegurador deberá probar por otra parte, que se ha presentado esta premisa negativa, es decir que el asegurado ha causado intencionalmente el siniestro. Esta posición solo ha sido defendida en la doctrina alemana y suiza, y - ha merecido también variadas críticas. En cierto modo, se propugnaba la consideración de esta premisa o presupuesto negativo, como una carga que incumbe al asegurado (474). Pero esta solución no es en modo alguno correcta, ni tampoco puede encontrar aplicación en nuestro Derecho, pues - las cargas que encontramos en la regulación del contrato - de seguro (arts. 384 y 398 del Código de comercio que tratan de la información que el asegurado debe proporcionar - al asegurador sobre las circunstancias del riesgo) se refieren precisamente al mantenimiento de la situación del - riesgo, y tienen como finalidad el proteger al asegurador contra las modificaciones que el riesgo pueda experimentar, pues el contrato se ha celebrado precisamente, atendiendo a unas condiciones concretas de una situación de peligro; los preceptos sobre la causación del siniestro determinan por el contrario en qué medida el asegurador deberá responder o indemnizar al asegurado por el siniestro provocado - por éste. La identificación de ambos tipos de normas, de

---

runsgeschäfts für fremde Rechnung, Marburg 1911, p. 130. En Suiza KOENIG, Ob. cit., p. 260; ROELLI, Kommentar... cit., p. 194; SCHUPPISSER, Ob. cit., p. 26; en contra FRANHEIM, Ob. cit., p. 50

(474) HAGEN, Ob. cit., p. 532

un lado las que tratan de defender al asegurador contra la caprichosa variación de las circunstancias del riesgo, y - de otro las que tratan de reducir los riesgos que debe soportar el asegurador, conduciría a una confusión peligrosa en lo que a la determinación del riesgo se refiere (475). Además, como ha señalado DONATI, el añadir un presupuesto negativo, al presupuesto propiamente dicho, necesario para que surja la obligación del asegurador, que es el evento, significa ni más ni menos una delimitación del evento en cuanto a sus causas, esto es una delimitación del riesgo, con lo que nos movemos ya en el terreno de otra de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la provocación del siniestro (476). Y si no consideramos a este segundo presupuesto como accidental, sino como necesario, llegaremos al absurdo, como ya señalábamos anteriormente, de que la no provocación dolosa del evento por el asegurado será una premisa constitutiva para que la obligación de asegurador se produzca, lo que llevará como consecuencia que el que invoca al hecho constitutivo deberá probarlo; y así el asegurado se verá obligado a probar no solo que el siniestro se ha producido, sino también que él no ha intervenido en la producción del mismo (477). En definitiva, esta tesis

---

(475) BRUCK, Das Privat... cit., p. 648; En el mismo sentido PINCKERNELLE, Ob. cit., p. 7

(476) DONATI, L'inassicurabilità del rischio, Riv. Dir. Nav. 1950, p. 192

(477) DONATI, Tratatto... cit., II, p. 139; PICARD-BESSON, Traité... cit., I, p. 446.

debe de rechazarse pues si se considera a la no provocación como una condición jurídica, entramos en el terreno de otra posición doctrinal, y si se la juzga como una carga, hay -- que reconocer que no tiene la condición de tal, porque esta protege el estado del riesgo en general, y la no provocación en cambio, lo que hace es delimitar el riesgo asumido.

Al tratar de encontrar un fundamento a la liberación del asegurador en caso de provocación del siniestro, se ha argumentado que nos encontramos con una condición impuesta al asegurado, según la cual, si éste causa el siniestro perderá su derecho a reclamar la indemnización. Esta posición ha sido defendida aisladamente por la doctrina en diversos países (478) y no ha gozado de gran predicamento, salvo en Alemania donde se ha presentado de tres diversas formas correspondientes a distintas modalidades de condición. Así -- por ejemplo GIERKE y MALSS propugnan la concepción de que -- la norma sobre la no provocación del siniestro es una condición resolutoria que se establece para que pueda operar la demanda del tomador del seguro frente al asegurador; de este modo si la condición no se cumple el asegurador quedaría li

---

(478) En Italia RAMELLA, Ob. cit., p. 263. En Suiza WEYERMANN Die Versicherungsrechtliche Obliegenheit nach den -- Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2 april 1908, Bern 1929, p. 104; También la jurisprudencia inglesa se ha inclinado en alguna ocasión por esta postura. Vod. el caso City Taylors versus Evans de 1921 (Law Journal 1921, 91).

berado del pago de la indemnización (479). Esta posición - desconoce fundamentalmente la esencia de la condición como exigencia voluntaria para la validez de los negocios jurídicos en general y no de la obligación contractual aislada. En el caso de una condición resolutoria, el contrato de seguro se extinguiría al realizarse la citada condición, esto es al provocar el siniestro el asegurado, cosa que no sucede en la práctica pues los efectos del contrato subsisten aún cuando no se produzca la obligación del asegurador (480). Por otra parte, una condición negocial no se impone tácitamente sin la intervención de las partes (481) y en este caso las partes no han pensado en la condición en el momento de la celebración del contrato. SCHNEIDER mantiene que se trata de una "conditio iuris" necesaria para que -- pueda darse una reclamación contra el asegurador (482). --

- 
- (479) Von GIERKE, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, L.Z. 1909, p. 721 y 739; MALSS, Uebersicht der neueren Rechtsprechung in nicht maritimen Versicherungssachen, Z.H.R., 13 1869, p. 45 - (citados por PINCKERNELLE, Ob. cit., p. 7)
- (480) NEUBERT, Shuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, Leipzig 1934, p. 10 y 11.
- (481) FRANHEIM, Ob. cit., p. 48-49; MOELLER, Ob. cit., p. 326; SCHUPPISSER, Ob. cit., 26-27.
- (482) SCHNEIDER, Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag unter Vergleichung mit den Handelsgesetzbuch, Z. Ver. Wiss., 1905, p. 261.



Sin embargo, también podemos rechazar esta opinión en base a que una condición semajante no permitiría la modificación por un acuerdo de las partes, y tanto en el Derecho alemán como en el suizo o en el italiano, se admite el pacto en -- contrario para el caso de culpa grave del tomador del seguro (483). En nuestra opinión esta postura es en cierto modo similar a la teoría del presupuesto negativo, y por tanto -- le serán aplicables las objeciones que sobre ésta se hicieron.

Otros autores han tratado de fundamentar la liberación del asegurador en el caso de una acción dolosa del asegurado que origina el siniestro, en una condición suspensiva en el sentido del parágrafo 162 del BGB, que establece que la condición se tiene como no verificada si el cumplimiento de la misma sobreviene a consecuencia de un acto doloso de la persona a la que beneficia el cumplimiento de la condición (484). Esta condición cabe fundamentarla en la incertidumbre inherente a todo contrato de seguro sobre el momento en

---

(483) En Alemania opinan de este modo FRANHEIM )(Ob. cit., p. 49) y BRUCK, (Ob. cit., p. 647) entre otros. En Suiza puede verse SCHUPPISSE, Ob. cit., p. 24 y en Italia expresamente el art. 1900 del Código civil.

(484) BRUCK ha mantenido en un primer momento esta opinión (Reichgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin-Leipzig 1929, p. 288) que más tarde abandona (Das - Privat.. cit., p. 651).

que ha de producirse el riesgo (485). Esta posición ha sido también acogida en Italia por RAMELLA (486), pero la doctrina más autorizada la rechaza en base a que en el Derecho positivo la regla que impera sobre la condición es justamente la contraria, es decir, que la condición se tiene por cumplida si impide su cumplimiento aquel que tenía interés en que la condición no se verificara (art. 1.359 del Código civil) (487). Sin embargo, pese a lo estipulado en el precepto legal, la doctrina mantiene la ficción de una falta de cumplimiento de la condición si este se provoca por el hecho ilícito del asegurado (488). La misma argumentación podrá emplearse en el Derecho español, en el que, de modo similar a lo que sucede en el Derecho italiano, se establece que la condición se tiene por cumplida si el obligado impide voluntariamente su cumplimiento (art. 1.119 del Código civil), aunque también la jurisprudencia y la doctrina aisladamente, han matizado que de igual manera a lo que prescribe el artículo citado, se habrá de tener por no acontecido el hecho puesto como condición, (el evento o el siniestro en el caso que nos ocupa), si el deudor la provoca o produce el hecho injustificadamente, de modo que, de no hacerlo así, no se habría verificado (489).

---

(485) FRANHEIM, Ob. cit., p. 53

(486) RAMELLA, Ob. cit., p. 263

(487) DONATI, Trattato... cit., II, p. 135

(488) MESSINEO, Dottrina generale del contratto. Milano 1948 p. 120.

(489) Vease DIEZ PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid 1970, p. 535. También la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Marzo de 1941.

La posición es también rechazable fundamentalmente - en base a que siendo excepcional el supuesto contemplado - en los artículos citados, la ficción en él contenida, no - puede extenderse a otras personas que no sean los contra-- tantes, como por ejemplo al asegurado o al beneficiario, - cuya conducta es también relevante a los efectos que nos - ocupan (490). Además, como afirma DONATI, el supuesto que contemplamos no se conjuga con un acto ilícito en materia de condición, pero sobre todo, no se puede considerar al - evento como una "conditio facti" y por ello no le será a-- plicable la ficción del cumplimiento o del no cumplimiento (491).

El verdadero fundamento de la liberación del asegura-- dor en el caso de provocación intencional del siniestro, - se encuentra en el hecho de que este supuesto que comenta-- mos es un riesgo excluido de la cobertura del seguro y por consiguiente no garantizado por el contrato. La razón que

---

(490) BRUCK, Das Privat... cit., p. 649

(491) DONATI, Il sinallagma nel contratto di assicurazione Ass. 1937, I, p. 399. En el contrato de seguro el -- evento no puede ser considerado como una "conditio - facti" pues no suspende tan solo la obligación de la prestación sino que pone en cuestión la existencia - misma de la obligación. La obligación del asegurador no queda pues subordinada a una condición sino a un presupuesto que se deriva de la naturaleza del contra-- to y de los preceptos legales, cual es la aparición del siniestro. (Sobre la naturaleza de la "conditio facti" en nuestro Derecho vid. VALLET de GOYTISOLO, Donación, condición y conversión jurídica material, A.D.C., 1952, p. 1241).

motiva el que el legislador se haya ocupado especialmente de este tema se encuentra en la protección que hay que -- prestarle al asegurador contra la actuación del asegurado que, al eliminar el riesgo a través de la provocación de un siniestro, destruye la esencia misma del contrato. Esta protección se logra, de un lado, permitiendo al asegurador que fije libremente los riesgos que asume, y de otro, limitando legalmente la asegurabilidad de determinados -- eventos. El asegurador unas veces asume ciertos riesgos -- de un modo total, sin ninguna delimitación de las causas por las que suceden, como puede ser por ejemplo el riesgo de muerte, y otras veces, en cambio, determina el riesgo que asume, delimitando o especificando las causas a través de las cuales éste se presenta. Esto sucede incluso -- en aquellos ramos del seguro se se basan en el principio de universalidad del riesgo. Estas delimitaciones, como -- ya hemos visto, pueden ser causales, temporales o espaciales. Entre las causales nos interesan las subjetivas, esto es, las delimitaciones basadas en la propia conducta -- del asegurado. No cabe duda que el asegurado puede causar el siniestro de un modo intencionado, y que el asegurador debe estar protegido frente a esta actuación del asegurado. La mejor tutela, que puede brindarle el Derecho se -- presenta a través de la posibilidad de determinar cuales son los riesgos que asume. Esta posibilidad la tiene el -- asegurador en todo momento a la hora de concluir el contrato de seguro, pues en él puede especificar claramente los riesgos que cubre y cuales están excluidos y quedan -- por tanto al margen de la cobertura. Pero la protección --



del Derecho va aún más lejos, pues establece legalmente cuales son los riesgos excluidos de la cobertura y señala entre ellos la provocación dolosa del siniestro. Así pues la naturaleza del precepto legal está clara; se trata de una exclusión del riesgo o de una delimitación causal subjetiva del riesgo.

Esta teoría que tiene su origen en EHRENZWEIG (492) - se ha impuesto definitivamente en la doctrina alemana (493) y, en el momento actual puede considerarse como dominante - en el Derecho comparado (494).

---

(492) Esta teoría fue mantenida por EHRENZWEIG en Die Schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach die Personenhäufung in Versicherungsverhältnis, en Z. Vers. Wiss., 1923, p. 34 y ss. (Vid. EHRENZWEIG, Versicherungsvertragsrecht, II, Wien und Leipzig 1935, p. 504).

(493) MOELLER, habla de una cláusula subjetiva de exclusión de las circunstancias del riesgo. (Die rechtliche... cit., p. 325 y ss., cit. por PINCKERNELLE, Ob. cit., p. 11, que hace suya esta teoría): También puede verse, entre los que mantienen esta posición: BRUCK, Ob. cit., p. 649; PROELSS, en la 15ª edición de su Kommentar (cit., art. 61, p. 265) abandona la teoría de la obligación y pasa a defender la mayoritaria. Esta postura ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias entre las que cabe citar la de 25 de noviembre de 1953 (cit. por PINCKERNELLE, Ob. cit., p. 11 nota 68) y la de 14 de marzo de 1963 (en Vers. Recht 1963, p. 429).

(494) Vid. en Derecho suizo DOLDER, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen, Bern 1939, p. 64; KUHN, Ob. cit., p. 16. En la doctrina italiana como más representativos vid., DONATI, Trattato... cit., - II, p. 136; SALANDRA, Commentario... cit., p. 249. En Francia, PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, p.

También esta corriente de opinión ha sido acogida mayoritariamente en nuestra más reciente doctrina, aunque -- son pocos los autores que abordan el tema de la delimitación causal, o de una limitación subjetiva del riesgo (495). La mayoría de los autores se refieren simplemente a los -- riesgos excluidos de la cobertura sin que en ningún caso -- llegue a plantearse el tema de la naturaleza de los preceptos sobre la provocación del siniestro (496). Parece pues claro, que en el Derecho español si el asegurado causa intencionalmente el siniestro, nos encontramos en presencia de un riesgo excluido de la garantía del seguro. Tan sólo GARRIGUES plantea la disyuntiva de que la provocación dolosa del siniestro puede ser considerada como una delimitación contractual de riesgo, o como un deber negativo del -- asegurado en base a la lealtad que debe presidir el contrato de seguro, aunque añade seguidamente que en nuestro or-

---

99; SUMIEN, Manuel... cit., p. 19. En Bélgica, CARTON de TOURNAI - Van der MEERSCH, Précis... cit., I. p. 30, nº 165. En Inglaterra BANFIELD, Principles and Law of accident insurance, London 1950, p. 66.

(495) BENITEZ DE LUGO y RODRIGUEZ, Ob. cit., II, 181; LANGLE Ob. cit., III, p. 567; BENITEZ DE LUGO y REYMUNDO, Ob. cit., I, p. 286 y ss.

(496) BROSETA, Ob. cit., p. 424; DEL CAÑO, Derecho español de seguros, Madrid 1971, p. 520; SANCHEZ CALERO, Instituciones... cit., p. 444; URIA, Ob. cit., p. 577.

denamiento positivo tan solo cabe la primera posibilidad - pues el Código de comercio, al tratar del seguro contra incendios, adopta el punto de vista de la delimitación del riesgo, al mencionar el delito del asegurado, al lado de otras causas ajenas a su voluntad, como la fuerza mayor, - que también liberan de responsabilidad al asegurador (497). La práctica del seguro se muestra también, por otra parte, conforme con la consideración de la provocación intencional del siniestro como riesgo excluido (498).

---

(497) GARRIGUES adopta también esta posición aunque a efectos de exposición situa la no provocación del siniestro entre los deberes del asegurado (El contrato... cit., p. 214 y más concretamente en la p. 236)

(498) Así por ejemplo en la póliza de seguro de la responsabilidad civil de propietarios de vehículos por daños causados a un tercero se dedica un apartado a -- los riesgos excluidos (art. 4º de la póliza); lo mismo sucede en la póliza de seguros de accidentes corporales (art. 4º y 5º) o en la de responsabilidad civil en general (art. 2º). Sin embargo en las pólizas de seguros de daños se habla de la extensión del seguro (art. 3º de la póliza de incendios, art. 1º de la póliza de seguro de robo), y en las de seguro de vida de riesgos garantizados (art. 5º), debiéndose entender que los no garantizados son riesgos excluidos.

#### 4.- Fundamento de la exclusión del riesgo

Determinada la naturaleza de la provocación dolosa del siniestro, se plantea el problema de hallar la razón que explica la exclusión del riesgo de dolo del ámbito de la garantía del seguro. La cuestión tiene particular interés en cuanto que puede influir en la determinación de la derogabilidad o inderogabilidad del precepto que sitúa al dolo fuera del alcance de la responsabilidad del asegurador.

La exclusión del riesgo de dolo del asegurado no se justifica por razones de técnica asegurativa, pues en la actualidad no existen riesgos inasegurables por esta causa. Todos los riesgos pueden ser garantizados por un seguro desde este punto de vista, pues incluso el riesgo de la provocación podría ser cubierto mediante un cálculo de la prima adecuado basado en la posibilidad y en la frecuencia del riesgo. Sin embargo, no todos los riesgos son asegurables desde el punto de vista jurídico, pues el Derecho negará esa posibilidad a todos aquellos riesgos que supongan un atentado contra sus principios. El fundamento de la exclusión del riesgo de provocación dolosa del siniestro deberemos buscarlo en el terreno jurídico, pues de permitirse su seguro incitaríamos a que el asegurado causara los siniestros para percibir una indemnización a cargo del asegurador, lo que, como hemos visto, supondría la realización de un delito.

Algunos autores encuentran el fundamento de la exclusión del dolo, en la misma idea del riesgo. Uno de los re



quisitos esenciales del riesgo es el no depender de la voluntad de las partes. El evento ha de ser algo incierto, y si - su aparición se deja encomendada exclusivamente a una de las partes, al asegurado en el caso de provocación dolosa del siniestro, no existirá la incertidumbre, y por tanto decaerá - la misma noción de riesgo. Es indudable que en el caso de un siniestro que ha sido causado maliciosamente por el asegurado no existe una incertidumbre, el azar no juega en estos casos y por tanto al no haber riesgo no se podrá hablar de seguro. Esto es lo que se quiere decir cuando se habla de que el dolo del asegurado es un riesgo excluido de la cobertura del seguro. Esta teoría ha sido propugnada fundamentalmente por la doctrina francesa (499) y recogida en nuestra patria por algunos autores (500). Dentro de ella, GARRIGUES, ha --- aportado un nuevo elemento para apoyar la posición de la no-

---

(499) HEMARD, Theorie et pratique des assurances terrestres, Paris 1924, I, pag. 77; STEFANI, De l'assurance des -- fautes, Paris 1923, pag. 202; SICOT-MARGEAT, Precis de la Loi sur la contrat d'assurance, Paris 1962, pag. 85; PICARD-BESSON, Traité..., cit. I, pag. 25 y 26; BONNECASE, Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese relativa al contratto d'assicurazione, Ass. 1935, I, nº 10, pag. 328; Vid. también MOELLER, Moderne teorie sul concetto di assicurazione e di contratto di -- assicurazione, Ass. 1962, I, pag. 32 y ss.; y COUCH, - Cyclopedia of Insurance Law, vol. I, pag. 35-37.

(500) BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Tratado..., cit. II, pag. -- 182 y ss.; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, El riesgo jurídico, Madrid 1961, pag. 17 y 20; VELLBE, El contrato de seguro como contrato aleatorio, R.G.L.J. 1947, pag. -- 349.

existencia del riesgo. Se funda para ello en el respeto al-- principio indemnitario, según el cual el seguro debe limitar se únicamente a la indemnización del daño realmente sufrido-- por el asegurado, sin que pueda en ningún caso el seguro su-- poner un beneficio para éste, de modo que el asegurado queda rá en una situación mejor que si el siniestro no se hubiese-- realizado (501). De acuerdo con esta idea, quedará excluído-- de la cobertura aquel siniestro que haya sido provocado por-- el asegurado con ánimo de obtener un lucro con la indemniza-- ción procedente del seguro, pues rompería, como hemos visto, el principio indemnitario que es esencial a la finalidad del seguro (502). En este mismo sentido se expresa también la Ex-- posición de Motivos del Código de comercio vigente, cuando -- nos habla, al referirse al seguro de incendios de que "nadie debe convertir en provecho propio las consecuencias de un ac-- to ilícito" y por tanto se excluyen los incendios ocasiona-- dos maliciosamente por el asegurado; y lo mismo sucede cuan-- do habla del seguro de vida, pues indica que el asegurador -- no estará obligado a abonar la indemnización si el falleci-- miento ocurre por duelo o suicidio pues en ambos casos el -- asegurado "se ha colocado voluntariamente en condiciones de-- recibir la muerte", y al referirse al tercer supuesto contem-- plado en el art. 423 del Código, precisa: "Pues si bien en -- este caso no ha dependido rigurosamente de su voluntad el -- perder la vida" sería inmoral que un delito fuera causa de -- lucro para sus herederos. Como vemos se juega en los dos ca--

---

(501) GARRIGUES, El contrato..., cit. pag. 168.

(502) GARRIGUES, ob. cit. pag. 182.

sos con la lesión al principio indemnitario, pues nadie puede lucrarse de su propio hecho ilícito, y por otra parte el legislador establece que el siniestro no puede depender de la voluntad del asegurado, pues en este caso desaparecería el alea del seguro.

PICARD y BESSON, recogiendo la doctrina civil, señalan que en la exclusión del riesgo de dolo del asegurado podría darse una aplicación de la teoría general de las obligaciones, y más concretamente de los preceptos sobre las condiciones potestativas (503). En efecto según el art. 1174 del Código civil francés, similar al art. 1115 de nuestro Código civil, no puede quedar el cumplimiento de las obligaciones sometido a la voluntad exclusiva de una de las partes, pues esto sería contrario a la esencia de la obligación. Si el evento depende de la voluntad de una de las partes contratantes estamos en presencia de una condición potestativa. Vista de este modo la provocación dolosa del siniestro, sería una condición potestativa a la cual se subordinarían los efectos del contrato de seguro, en lo relativo a la indemnización que debería pagar el asegurador, y como tal condición potestativa sería nula por aplicación de la regla del Código civil anteriormente citada. Por tanto no cabe cubrir el riesgo de dolo, pues su cobertura destruye el vínculo jurídico, pues la obligación condicional de tal naturaleza, es decir la que depende en cuanto a su realización de la voluntad del deudor es nula. Sin embargo, en el supuesto de la provocación dolosa del siniestro, el deudor, que es el único de cuya voluntad no puede

---

(503) PICARD-BESSON, Traité..., cit. I, pag. 26.

depender el cumplimiento de la condición, es el asegurador, - que es <sup>verdad</sup> verdaderamente quien resulta obligado por el dolo del- asegurado, (504). Luego habrá que concluir que la exclusión - del dolo se debe a que destruye la noción de riesgo.

Ahora bien, no toda actividad del asegurado produce los mismos efectos con respecto a la provocación del siniestro. Así nos encontramos con determinados eventos que son causados directa y exclusivamente por el asegurado, pero al lado de -- ellos, existen otros en los que, si bien interviene la voluntad del asegurado, no lo hace exclusivamente, quedando pues - al azar otra serie de causas que producen también el sinies-- tro y que no dependen en absoluto de la voluntad del asegura-- do, sino de acontecimientos o hechos que éste no puede contro-- lar. Subsiste pues en estos últimos supuestos la incertidumbre inherente al riesgo, y por tanto pueden ser asegurados. En el primer caso, en el que se da solamente una intervención humana, hablamos de eventos puramente potestativos, estos estarían excluidos de la garantía del seguro, y en el segundo de even-

---

(504) En la doctrina del seguro, DONATI, Trattato..., cit., - II, pag. 136; PICARD-BESSON, ob. y loc. ult. cit. En -- nuestra doctrina serían también de aplicación estas --- ideas pues la doctrina civil argumenta en este sentido-- con respecto a la aplicación de la condición potestati-- va. (Vid. CASTAN, Ob. cit. III, pag. 138; COSSIO, El do do.... cit. pag. 200).



tos simplemente potestativos, pues en ellos interviene el --- azar junto a la voluntad humana, y son por esto asegurables - (505). Como vemos no coinciden los conceptos de dolo y voluntad de las partes, y si la voluntad se combina con otro elemento que pueda suponer una incertidumbre, ya no entraría en la categoría de riesgo excluido. Además las concepciones anteriores suponen la voluntad de provocar el siniestro en el asegurado, ya antes de la conclusión del contrato, pues de otro modo no cabría hablar de una inexistencia del riesgo. Por último, como ha señalado DONATI, no es requisito esencial del riesgo el que el evento que lo produce sea solo el caso fortuito, y no pueda serlo la voluntad humana, pues si esto fuera así no podría explicarse de ningún modo los supuestos en los que a pesar del dolo del asegurado, el asegurador está obligado a pagar la indemnización (506).

En la doctrina italiana se ha mantenido, aunque de un modo aislado, que el verdadero fundamento de la exclusión del riesgo de provocación intencional del siniestro radica en la responsabilidad en la que incurre el causante de un daño con la realización de un acto lesivo para un tercero (507).

---

(505) PICARD-BESSON, Ob. cit. pag. 26; PINO, Richio e alea nel contratto di assicurazione, Ass. 1960, I, pag. 260; DURANTE, L'alea e il contratto di assicurazione, Dir. e prat. ass. 1961, pag. 467.

(506) DONATI, Tratatto..., cit. II, pag. 137.

(507) LA TORRE, Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione, en Studi in memoria di A. TORRENTE, I, Milano 1968, pag. 571 y ss.

Para poder comprender esta posición, es preciso distinguir en tre los supuestos de provocación del siniestro por el contra- tante, el asegurado y el beneficiario. Si el contratante cau- sa el siniestro, produce un acto dañoso para el asegurador, - el cual se verá obligado a pagar al asegurado una indemniza- ción. De aquí surge pues una responsabilidad del contratante- frente al asegurado por el perjuicio que su acción le ha cau- sado, perjuicio que se corresponde exactamente con la indemni- zación pagada al asegurado. Los preceptos sobre la exclusión- del riesgo operan en este caso como una especie de compensa- ción entre la indemnización que el contratante debería pagar- al asegurado y la que éste debería al asegurado. La solución- no puede ser otra, porque en caso contrario el contratante no respondería de un acto del cual él no estaba asegurado. En -- efecto si las consecuencias de su acto pudieran ser transmiti- das al asegurador, transformaría un seguro por cuenta en un - seguro de responsabilidad de interés propio. Además el asegu- rador quedaría obligado frente al asegurado y no podría sobro- garse contra el causante del daño (508). Se podría objetar -- que es injusto el que el asegurado tenga que soportar las con- secuencias de un hecho ilícito del contratante; sin embargo, - debemos recordar que el que sufre el daño siempre tiene una - acción contra el causante del mismo. Si es el beneficiario -- quien provoca el siniestro, de modo similar a como sucede con el contratante, éste será responsable frente al asegurador --

---

(508) La acción que concede el art. 1916 del Codice civile no puede ejercitarse contra el contratante según la doctri- na dominante. Vid. DONATI, Tratatto...., cit. II, pag. - 64 y ss.

por el daño que le ha ocasionado, pero a su vez es él mismo, acreedor del asegurador, pues tiene derecho a percibir la indemnización. Coinciden pues en este supuesto dos relaciones de crédito y deuda frente a la misma persona y por el mismo importe, que se extinguen igualmente por compensación. Finalmente si el asegurado es el autor del siniestro, la razón de la exclusión no es la misma que en los dos casos anteriores, pues aquí no se trata de una violación de otras esferas jurídicas que dan lugar a una responsabilidad frente a un tercero, pues la destrucción de una cosa propia no constituye necesariamente un acto ilícito, sino que estamos en presencia de una culpa contra sí mismo o una autoresponsabilidad (509). -- Las consecuencias dañosas del evento se agotan en la esfera misma del asegurado, y no trascienden por tanto al asegurador; por eso no se habla en este lugar de una compensación como en los supuestos anteriores. La demanda del asegurado no puede surgir, en virtud de la autoresponsabilidad y por ello no se produce ninguna lesión a los intereses del asegurador. En conclusión podemos afirmar que en el caso de dolo o culpa del contratante o beneficiario en la producción del siniestro juega el fenómeno de la responsabilidad frente a un tercero, --- mientras que si el siniestro es causado por el propio asegurado se tratará de un fenómeno de autoresponsabilidad, quedando en ambos casos excluidos estos riesgos de la garantía.

Sin embargo esta opinión es criticable fundamentalmente en base a que en el caso de culpa del asegurado, se per

---

(509) Sobre la autoresponsabilidad en el Derecho Italiano puede verse PUGLIATTI, Autoresponsabilità, en Ecpd. del -- Dir., IV, Milano 1959, pag. 452 y 22.

mite la cobertura de este riesgo, encontrándonos entonces --- con unos supuestos de responsabilidad o de autoresponsabilidad, según sea el contratante o el asegurado quien cause el siniestro, que no estarían excluidos de la garantía del seguro, lo que nos lleva a pensar que el fundamento de la exclusión no estriba en la responsabilidad. Lo mismo sucede en el caso de suicidio del asegurado en el que tampoco se puede explicar, en base a la teoría de la autoresponsabilidad, por qué el asegurador queda obligado, a no ser que consideremos que se trata de una excepción, que por otra parte no tiene ninguna justificación. Además, la existencia de un deber de cooperación a cargo del contratante de un seguro, que trae como consecuencia el que el asegurador solo se obliga en tanto en cuanto que el contratante cumpla con sus obligaciones, nos lleva a pensar que no es precisamente la responsabilidad el fundamento de la exclusión, pues si el contratante causa el siniestro violaría este deber que se establece para prevenir el peligro de fraude (510). Así pues hemos de rechazar esta posición, aunque no podemos negar que se trata de un nuevo enfoque que puede tener utilidad en el estudio de los siniestros ocasionados por los dependientes del asegurado, como más adelante veremos.

El fundamento de la exclusión del riesgo de dolo del asegurado, puede buscarse también en el principio general

---

(510) DONATI, Ob. ult. cit., II, pag. 89.



de respeto a la moral y al orden público que preside la validez de los contratos. Este planteamiento que ha sido iniciado por la doctrina francesa en el Derecho del seguro (511), ha sido acogido por la mayoría de la doctrina de los distintos países (512) y ha gozado también de asentimiento por parte de un amplio sector de nuestra doctrina mercantil (513).

A nuestro juicio esta posición es la más conveniente, pues explica de un modo claro y con argumentos suficientes las razones para la inclusión o exclusión de la cobertura del seguro de los distintos supuestos de provocación del siniestro por el asegurado.

En nuestro Derecho la explicación de la exclusión del riesgo de dolo del asegurado en la provocación del siniestro se encontraría, según esta posición, en lo preceptuado en el artículo 1.255 del Código civil que se refiere a que los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. La cuestión de si efectivamente la cobertura del riesgo de provocación dolosa del siniestro a título

---

(511) ALAUZET, Ob. cit., I, pag. 302; PICARD-BESSON, Traité, cit. I, pag. 45.

(512) BRUCK, Das Privat..., cit. pag. 661; DONATI, Tratatto..., cit. II, pag. 137; SANTI, Ob. cit. pag. 114; CARTON de-TOURNAI - Van der MEERSCH, Ob. cit. I, pag. 44.

(513) RODRIGUEZ ALTUNAGA, Ob. cit. pag. 636; GAY de MONTELLA, Ob. cit. III, 1, pag. 397; GONZALEZ de ECHAVARRI, Ob. cit. IV, pag. 113; SANCHEZ CALERO, Instituciones..., cit. pag. 444; URIA, Ob. cit. pag. 565.

lo doloso puede encuadrarse entre los pactos que el art. 1255 sanciona, ha de ser resuelta de modo afirmativo, pues, en primer lugar es contraria a la ley como se desprende de los artículos 396 del Código de comercio que declara la inasegurabilidad del dolo (delito) del asegurado, y 423 del mismo Código, que excluye en el seguro de vida el riesgo del asegurado, típicamente doloso, aunque es discutible en este caso si cabe o no el pacto en contrario. En segundo lugar, es también contraria a la ley la posibilidad de traspasar a otra persona las consecuencias de un comportamiento doloso, lo que sucedería entre el asegurado y su asegurador en el supuesto que comentamos. Un pacto que garantizara la irresponsabilidad por las consecuencias de un acto doloso equivaldría al pacto de "ne dolus praestetur" y por lo tanto sería declarado nulo (art. 1.102 del Código civil).

Además, el pacto que cubriera el riesgo de dolo iría en contra del orden público, pues el seguro de una conducta intencional favorecería sin lugar a dudas la realización de siniestros dolosos. En efecto, si una persona sabe que su acción maliciosa puede asegurarse, y que a consecuencia de este contrato no responderá de los perjuicios que su conducta ocasione, aunque le sean a él mismo imputables, es más probable que realice este tipo de conductas, que si, por el contrario, se establece que siempre estarán a su cargo. Por otra parte, tampoco puede asegurarse por ser contraria al orden público la responsabilidad procedente de un delito.

Por último sería inmoral que el asegurador asumiera el riesgo de dolo del asegurado, pues en este caso una vez -- producido el siniestro el asegurador quedaría obligado a pagar una indemnización al asegurado, y desde luego sería contrario a la moral que quien causa un daño resulte beneficiado con su realización. Este supuesto se produce tanto en los seguros de daños en los que sería inmoral por ejemplo que quien incendia maliciosamente su propia casa, perciba por este acto una compensación pecuniaria, como en los seguros de personas, donde la inmoralidad de una automutilación para percibir una indemnización, o de la muerte del asegurado por el beneficiario, para recibir la suma asegurada, resulta aún más patente.

Nos queda por abordar el tema de la cobertura del riesgo de suicidio, que puede plantearse como una objeción a la validez de esta teoría, pues siendo el suicidio del asegurado contrario a la ley y al orden público, ¿cómo puede ser asegurado por las pólizas de seguro de vida?. La objeción puede salvarse fácilmente afirmando, en primer lugar, que efectivamente sería contraria al orden público la cobertura de este riesgo, si el asegurado tuviera intención de quitarse la vida inmediatamente después de la entrada en vigor del contrato, y por tanto, que el asegurado al celebrar el contrato lo hubiera hecho pensando en la percepción de una indemnización por parte del beneficiario.

Pensando por una parte en esta posibilidad de fraude, y por otra en la situación en que queda el beneficiario o los herederos del suicida, la práctica del seguro, vino a es-

tablecer un período de carencia transcurrido el cual el seguro produce todos sus efectos aún cuando el asegurado se quite la vida voluntariamente, práctica que ha encontrado eco en -- las legislaciones de los países más representativos (514).

Si establecemos, pues, un período de carencia durante el cual el asegurador no responderá si el asegurado se suicida, ya no resulta imaginable que se asegure una persona que tenga intención de quitarse la vida transcurridos uno o dos años de la celebración del contrato, y pensando en la indemnización que dejará. Además, y entre otras razones, hay que considerar también que el instinto de conservación de la vida es tan fuerte que prevalece sobre el ánimo de quitarse la vida para beneficiar económicamente a otras personas. Así pues el pacto que cubre el suicidio, en razón del tiempo que impone -- el período de carencia de la póliza, no es contrario al orden público, porque la contratación de un seguro sobre la vida no favorece la práctica del suicidio de un modo general (515).

Sin embargo, y pese a estas consideraciones, ni el interés de los beneficiarios ni el establecimiento de un período de carencia debilitan el hecho de que el suicidio sea --

---

(514) Vease el art. 169 de la ley alemana (V.V.Ä.); el art. 62 de la ley francesa; y el art. 1.927 del Código civil italiano.

(515) En este sentido BRUCK, Ob. cit. pag. 656; BRUCK-DOERSTLING, Das Recht der Lebensversicherungsverträge, Mannheim-Berlin-Leipzig 1933, pag. 173; DONATI, Ob. cit. III, Milano 1956, pag. 623; GARRIGUES, Ob. ult. cit. pag. 585; PICARD-BESSON, Les assurances..., cit. I, pag. 661.



contrario al orden público, pues su cobertura por el seguro incitará al asegurado a darse la muerte y a quien tiene pensado suicidarse a concertar un seguro. Por todo esto es difícil justificar la inclusión del suicidio entre los riesgos--asegurables que suscita importantes dudas aún en la más autorizada doctrina francesa (516), pese a que en este país la ley se muestra favorable a su seguro. El argumento de que la cobertura del suicidio, una vez transcurrido el período de carencia, elimina las dificultades que, en la práctica, plantea la prueba de la consciencia del asegurado que se causa la muerte, si bien es cierto, no desvirtúa el hecho de que el suicidio atenta contra la noción de riesgo y entra de lleno en la prohibición del seguro del dolo.

El único argumento que podría ser válido para legitimar la asunción por el asegurador del riesgo de suicidio, sería el aportado por VIVANTE que, partiendo de la separación existente entre las figuras del asegurado y del beneficiario de un seguro, sostiene que el acto de suicidio del asegurado, que es contrario a la moral y al orden público, no tiene nada que ver con la persona del beneficiario, porque no es éste quien comete el acto doloso, ni el suicida, por otra parte, quien obtiene los beneficios económicos de su propio acto sino sus herederos o el beneficiario (517).

---

(516) PICARD-BESSON, Les assurances..., cit. I, pag. 664 y ss.

(517) VIVANTE, Il contratto..., cit. III, pag. 205 y ss.

Este razonamiento chocaría, en nuestro ordenamiento con lo preceptuado en el art. 423 del Código de comercio que libera de responsabilidad al asegurador en el caso de -- suicidio. Sin embargo la doctrina ha considerado que el mencionado artículo contiene una norma meramente indicativa y -- por consiguiente derogable por voluntad de las partes (518). El suicidio, en opinión doctrinal, no es contrario a la ley, pues ésta no prohíbe su cobertura de un modo imperativo, como más adelante tendremos ocasión de exponer con mayor amplitud, ni tampoco habrá de ser considerado como contrario a la moral ni al orden público desde el momento en que tanto la -- práctica, como la doctrina de un modo general, y las legislaciones de varios países lo consideran como un riesgo asegurable, siempre que se produzca dentro de un marco de condiciones de voluntariedad y tiempo perfectamente determinados.

El riesgo de suicidio del asegurado no puede ser, -- pues, considerado como una excepción a la regla general, sino como un supuesto que no encaja dentro de ella.

A la vista de lo expuesto podemos concluir que el fundamento que motiva la exclusión del riesgo de provocación

---

(518) Vid. BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Tratado..., cit., II, -- pag. 468; LANGLE, Ob. cit., III, pag. 607; URÍA, Ob. -- cit., pag. 597. En contra de este criterio VICENTE y -- GELLA, Ob. cit., pag. 535.

dolosa del siniestro por el asegurado del ámbito del seguro- se encuentra en que el pacto que lo garantizara o el contrato que lo cubriera sería contrario a la ley, a la moral y al orden público, de modo que dicho riesgo no podrá tener nunca la calificación de asegurable.

#### 5.- Efectos de la provocación dolosa del siniestro

El hecho de que el asegurado cause voluntariamente un siniestro produce diversos efectos jurídicos que gravitan unos sobre la prestación del asegurador y otros, en cambio, sobre el contrato. Así pues, la trascendencia de la provocación es grande pues no se limita tan solo a una pérdida del derecho a la indemnización sino que comprende también otros efectos que harán que se altere la relación contractual existente entre las partes.

##### a) Efectos que se producen sobre la prestación del asegurador:

La primera consecuencia que se produce en el caso de una provocación intencional del siniestro es la liberación del asegurador de su obligación contractual del pago de la indemnización. En efecto, el asegurador quedará liberado de su obligación fundamental, o según la terminología de nuestro Código de comercio, el asegurador no se hará responsable de los daños causados por un siniestro provocado voluntariamente. Se trata de un riesgo no cubierto por el seguro, que-

no es asumido por el asegurador (519). No puede decirse, --- pues, que falte un presupuesto o que no haya cumplido una -- condición de la que dependería la prestación del asegurador, ni tampoco que el asegurado haya incumplido una de sus obligaciones contractuales, como tampoco es correcto referirse a una liberación del asegurador, aunque éste sea el modo normal de expresarse en la doctrina, ni a que decaen los derechos del asegurado, porque en el caso de una provocación intencional del siniestro no surge ningún derecho para el asegurado ni ninguna obligación para el asegurador, pues lo que se ha producido es un siniestro que el asegurador no asume -- ni el contrato garantiza por lo que no se debe ninguna indemnización.

El efecto de la liberación del asegurador se recoge con carácter general en los principales ordenamientos jurídicos (520) y es afirmado también de modo unánime por la doctrina del seguro que lo considera como consecuencia nor--

---

(519) En este sentido son mucho más claras las expresiones -- utilizadas por el legislador en otros preceptos legales como el art. 423 del Código de comercio que establece los supuestos no comprendidos por el seguro, o -- el párrafo 1º del art. 396 que habla de los siniestros que el asegurador garantiza.

(520) Entre las legislaciones correspondientes a nuestro siglo, vid. los arts. 12 de la Ley francesa, 14 de la Ley suiza, 61 de la Ley alemana, 1900 del Código civil italiano, y 55 nº 2 de la Marine Insurance Act inglesa.



mal de la provocación dolosa del siniestro por el asegurado (521). En nuestro Derecho, como hemos visto, la provocación dolosa se sanciona también de un modo similar en el Código de comercio (Art. 396) y es opinión generalizada entre nuestros autores que el efecto propio de la conceptualización del siniestro voluntario como riesgo excluido es la exoneración -- del asegurador (522).

La diferente terminología empleada para referirse a este efecto del dolo, nos lleva a volver a insistir entre las diferencias existentes entre la inasegurabilidad y la de cadencia, tema del que ya nos ocupamos en otro lugar, que -- son motivo de confusión debido a que las posiciones doctrina les sobre la naturaleza del riesgo de provocación conducen a diversos resultados, pues según consideremos que se trata de una obligación del asegurado o una premisa negativa para que la prestación del asegurador se produzca, o bien de un riesgo excluido se producirán respectivamente una decadencia o -- la inasegurabilidad.

---

(521) PICARD-BESSON, Traité... cit., I, pag. 45; BRUCK, Das-privat... cit., pag. 664; DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 138; PRESTON COLINVAUX, Ob. cit., pag. 60; y también en Inglaterra COLLINS en el caso Trinder, Anderson & Co. v. Thames and Mersey Marine Insurance Co. (1898) y Lord ATKIN en el caso Beresford v. The Royal (1938) -- cit., por PINCKERNELLE, Ob. cit., pag. 77.

(522) Vid. por todos GARRIGUES, El contrato... cit., pag. 236.

La decadencia se refiere a un riesgo cubierto por el seguro y por tanto previsto en el contrato. Resulta entonces que si el siniestro se produce, este entra en lo estipulado entre las partes y debe ser indemnizado por el asegurador. Sin embargo, en virtud de una infracción cometida por el asegurado, éste decaerá de su derecho como sanción a su conducta. El asegurador queda pues liberado de su obligación de pagar la indemnización, que estaba llamado a desembolsar por haber acaecido el siniestro, pero que no tendrá que realizar como consecuencia de la actuación del asegurado. En cambio, la inasegurabilidad se da cuando el siniestro queda excluido del ámbito del contrato. Es un riesgo que el asegurador no ha querido cubrir y que por lo tanto queda al margen del seguro. Si el siniestro se produce el asegurador no responde, pues nunca asumió tal riesgo, ni tampoco en ese supuesto el asegurado tiene derecho a reclamar una indemnización al margen de lo estipulado en el contrato (523). Pero en la práctica es difícil distinguir entre ambos supuestos, la mayor parte de las veces por la poca claridad de las cláusulas contenidas en las pólizas. En definitiva para la interpretación de éstas habrá que atenerse a la voluntad de las partes en el momento de la celebración del contrato. Como vamos a ver la distinción entre decadencia y exclusión del riesgo es de gran interés a los efectos de la atribución de la

---

(523) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, pag. 193.

carga de la prueba. El dolo es algo que no se presume, y habrá por tanto que probar que el asegurado obró de un modo malicioso frente al riesgo, siendo él conscientemente la causa del siniestro. Pero el problema surge cuando nos enfrentamos con la atribución de la carga de la prueba: ¿a quién corresponde la prueba del dolo?, ¿es el asegurador quien tiene que probar la intencionalidad del asegurado o, por el contrario, es éste quien deberá demostrar que el siniestro no ocurrió -- por culpa suya?.

La cuestión de la carga de la prueba del dolo del asegurado es un tema muy discutido en la doctrina y de un -- gran interés práctico, quizá porque las leyes que regulan el contrato de seguro no contienen una normativa específica en este punto, remitiéndonos por tanto en los diferentes ordena-- mientos, a las reglas del Derecho común. Estas reglas no --- siempre encuentran una aplicación clara en esta particular -- relación intersubjetiva que es el contrato de seguro, lo que motiva que la doctrina y la jurisprudencia hayan elaborado -- unas reglas de interpretación forzando algunas veces el sentido de los textos legales.

En nuestro Derecho ha de considerarse aplicable la regla contenida en el art. 1214 del Código civil que consa-- gra el principio de que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a -- quien se opone ("actori incumbit probatio"). Esta norma, demasiado general, planteará, sin embargo, numerosos problemas

al ser llevada a la práctica. En principio, la norma debe -- ser interpretada en el sentido de que la prueba de los hechos constitutivos, es decir, los que dan lugar a la producción -- de efectos jurídicos, deberán corresponder al actor, mien--- tras que los hechos impeditivos, que son los que obstaculi-- zan o paralizan los efectos propios de un contrato, tendrán-- que ser probados por el demandado (524). Pero, si bien todo-- el mundo está de acuerdo con la interpretación del principio de que quien reclama la ejecución de una obligación debe pro-- bar su existencia y su contenido, y su aplicación al contra-- to de seguro, sin embargo existen importantes divergencias -- cuando se trata de dar a esta norma una significación concre-- ta y determinar cual de las dos partes en litigio será la -- que deberá aportar la prueba,

Esta cuestión no es fácil de resolver, en primer -- lugar, porque no aparece claro si la provocación del siniest-- ro por dolo del asegurado ha de ser considerada como un he-- cho constitutivo, en cuyo caso indudablemente corresponderá-- al asegurado su prueba, o si por el contrario se trata de un hecho impeditivo cuya prueba deberá ser aportada por el ase-- gurador. En segundo lugar, para determinar con exactitud a --

---

(524) Vid. en general, CASTAN, Ob. cit., III, pag. 158 y ss. También lo ha entendido así la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de febrero de 1960, -- 22 de febrero de 1963 y 23 de noviembre de 1963. Sobre el significado del principio, "actori incumbit proba-- tio" puede verse las sentencias de 19 de diciembre de 1959 y 15 de junio de 1961.



quien corresponde la carga de la prueba con arreglo al principio enunciado en el Código civil, no se pueden tener en cuenta las posiciones que las partes ocupan en un proceso, -- pues la cualidad de demandante no se atribuye a aquel que -- inicia un proceso sino al que trata de prevalecerse de un derecho (525). Sucede pues, que con frecuencia la prueba del derecho de la parte que trata de hacerlo prevalecer resulta de la prueba de una falta de derecho en beneficio de la otra -- parte. Así por ejemplo si un asegurado pretende la indemnización por tener derecho a la garantía del seguro, y su asegurador se la niega ambos reclaman derechos contrapuestos. De lo expuesto se deduce que la solución del art. 1214 del Código civil no ha de llevarnos a afirmar que, en el caso que comentamos, cada una de las partes ha de probar los hechos en que funda su demanda, pues con esto no resolveríamos nada. -- Desde luego, el asegurado deberá probar para lograr la indemnización del seguro, de un lado que existe un contrato, prueba que no le será difícil aportar pues según el art. 382 del Código de comercio el contrato ha de consignarse por escrito, y de otro que se ha realizado uno de los siniestros que garantiza el contrato. Pero la dificultad estribará en determinar precisamente este último requisito, o lo que es lo mismo, en delimitar la extensión de la garantía del seguro, y probar -- que el siniestro se encuadra entre los riesgos cubiertos.

---

(525) En este sentido PERROT, La charge de la preuve en matière d'assurance, R.G.A.T. 1961, pag. 12 y ss.

En efecto, la garantía supone, de una parte la --- existencia de un riesgo que el asegurador ha decidido asumir en determinadas condiciones, y de otra que no se de ninguna causa por la que el asegurador pueda quedar liberado del pago de la indemnización. Esta consideración tiene como consecuencia el que, a los efectos de la prueba, el asegurado deberá demostrar que se produjo un siniestro en las condiciones requeridas por el contrato, mientras que si el asegurador quiere exonerarse de su obligación deberá probar que --- existe una causa que determina su liberación de la prestación.

El tema podría ser discutido si consideráramos que la no provocación del siniestro es una condición que origina la indemnización del asegurador, o una obligación del asegurado, o un deber a cargo de éste, o incluso, como ha sostenido GRECO, que el evento es un hecho complejo constituido por dos elementos uno positivo que sería la aparición del siniestro y otro negativo que sería la falta de culpa (526). Pero una vez aceptada la teoría de que la provocación dolosa del siniestro constituye un supuesto de delimitación causal del riesgo, habremos de concluir que se trata de un hecho impeditivo cuya prueba corresponde al asegurador por ser la obligación de éste la que queda excluida por la provocación del si

---

(526) GRECO, Colpa dell'assicurato e onero della prova, Ass. 1935, II, pag. 338.

niestro por el asegurado (527).

El asegurador deberá pues probar que el asegurado actuó con dolo, para poder exonerarse de su obligación al pago de la prestación, La posición contraria, de considerar -- que la no provocación dolosa del siniestro es un hecho constitutivo del derecho del asegurado, debe rechazarse pues supone además una presunción de que el asegurado actúa siempre maliciosamente, y es principio general del derecho que el do lo no se presume nunca.

Este principio se ha impuesto con carácter general en el Derecho comparado, (528), de modo que podemos afirmar--

---

(527) Vid. en la doctrina española del seguro: BENITEZ de LU GO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 383.

(528) Este principio es recogido sin más por la doctrina suiza que argumenta que, al querer el asegurador liberarse de su obligación al pago de la prestación deberá, -- pues, probar que el asegurado provocó dolosamente el -- siniestro. Al asegurado en cambio le corresponderá probar que no existe un nexo causal, que no hubo una auténtica manifestación volitiva por existir una incapacidad mental por ejemplo, o que existe una excusa absoluta, como un deber de humanidad que le moviera a provocar el siniestro (Vid. SOLARI, Ob. cit., pag. 107).-- En el Derecho alemán la carga de la prueba de la culpa corresponde al asegurador por aplicación del principio arriba indicado, aunque se admite el pacto en contrario contenido en la póliza, y se atempera el riesgo de este tipo de prueba del dolo, admitiéndose como válida la prueba a "prima facie" es decir que basta con un -- cierto grado de verosimilitud para que pueda quedar li

sin lugar a dudas que en materia de prueba se aplica en el -  
Derecho del seguro la regla que establece que si el asegura-

---

berado el asegurador (BRUCK, Das Privat... cit., pag. 663; PROELSS, Ob. cit., pag. 267). En el Derecho inglés la prueba de la culpa debe cargarse sobre el asegurador. Así se establece en la póliza de seguro de incendios, y también ha sido reconocido por la jurisprudencia (Vid. la sentencia Gormann versus Hand in Hand --- Insurance Co. de 1877, y en general HARDY-IVANY, Ob. cit., pag. 228). En la doctrina italiana también se recoge este principio general a que venimos aludiendo aun que se ha disentido abundantemente sobre si la dependencia de un daño determinado de un riesgo excluido es un hecho impeditivo, en cuyo caso la prueba sería a -- cargo del asegurador, o si por el contrario es constitutivo y la prueba corresponde al asegurado. La opinión mayoritaria se manifiesta en la actualidad en favor de la primera solución y atribuye la carga de la prueba de la provocación dolosa al asegurador (Vid. DONATI, Tratatto.... cit., II, pag. 138). Anteriormente, sin embargo, mantuvo la tesis contraria en "L'inassicurabilità del rischio", Riv. Dir. Nav. 1950, pag. 201. En sentido favorable también puede verse SALANDRA, La colpa dell'assicurato e delle persone di cui deve rispondere nell'assicurazione contro gli incendi, Ass. -- 1940, II, pag. 12. Y la jurisprudencia del Tribunal de Casación en sentencias de 19 de enero de 1950, de 11 de setiembre de 1963 y de 22 de abril de 1965. En sentido contrario, en cambio, GRECO, Colpa dell'assicurato e onere della prova, Ass. 1935, II, pag. 338; FERRARINI, In tema di delimitazione del rischio assicurato e di prova della causa del sinistro, For. it. 1950, - pag. 412; PERSIANI, Distribuzione della prova nell'assicurazione, Il Dir. mar. 1960, pag. 413, aunque con referencia al seguro marítimo). En el Derecho francés se impone la carga de la prueba al asegurado que tiene que probar que el siniestro ha ocurrido, y que no ha intervenido en su producción según la regla establecida por el art. 1315 apartado 1º del Código civil. Esta posi--



dor invoca un hecho (el dolo del asegurado) capaz de liberar le de una obligación (el pago de la indemnización), deberá probar ese hecho. Por otra parte si es el asegurado quien invoca un hecho del que se deriva un derecho para él, como sería por ejemplo la producción de un siniestro que le reportará una indemnización, deberá también probar ese hecho (la aparición del siniestro).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, finalmente, se ha mostrado también partidaria de la atribución de la carga de la prueba del hecho intencional al asegurador (529).

---

ción sin embargo ha sido muy criticada en base a que en algunos supuestos es extremadamente difícil probar que no ha habido culpa y por tanto el asegurado se ve privado de su derecho a la indemnización; de ahí que salvo en los casos expresamente regulados en la ley de seguros (arts. 34 y 62), la jurisprudencia primero, y la práctica después hayan aliviado la situación del asegurado admitiendo presunciones e invirtiendo las más de las veces la carga de la prueba (PICARD-BESSON, Les assurances... cit., pag. 208).

- (529) La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 1968 declaró expresamente que una vez probado por el beneficiario de un seguro de vida el hecho accidental de la muerte del asegurado, corresponde al asegurador la prueba del suicidio de aquél.

b) Efectos que se producen sobre el contrato de seguro:

Bajo esta rúbrica de las consecuencias jurídicas -- que la provocación intencional del siniestro ocasiona consideraremos dos diversos tipos de problemas: de un lado los -- que plantea el pacto que garantiza el seguro del dolo del -- asegurado, y de otro, los derivados de la facultad que el -- asegurador tiene de rescindir el contrato si el siniestro ha sido voluntariamente provocado. En efecto, las consecuencias de la provocación dolosa sobre el contrato difieren según -- nos fijemos en la conducta dolosa del asegurado como riesgo -- a cubrir, o bien la consideremos como el evento productor de un siniestro. En el primer caso el contrato se verá gravado -- con la pena de nulidad, mientras que el segundo dará derecho al asegurador a resolverlo.

En primer lugar se considerará nulo todo contrato -- que tenga como único objeto garantizar al asegurado de los -- daños que surjan de un siniestro provocado por él. La provocación dolosa es, pues, un riesgo inasegurable cuya cobertura por el seguro determinaría la nulidad del contrato (530). Esta norma, de general aplicación en la doctrina comparada -- (531), encuentra su fundamento en la naturaleza de la provo-

---

(530) BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 409.

(531) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 138; BRUCK, Das Privat... cit., pag. 661; KOENIG, Ob. cit., pag. 257; PICARD-BESSON, Les assurances... cit., pag. 111; PRESTON-COLINVAUX, Ob. cit., pag. 61; CARTON DE TOURNAI-Van der MEERSCH, Ob. cit., I, pag. 43.

cación dolosa del siniestro. En efecto, se trata de un riesgo excluido del ámbito del contrato por ser su cobertura contraria a la moral, al orden público y a la ley, como anteriormente hemos visto, y dado que el riesgo ha de considerarse como la causa del contrato (532), por aplicación del artículo 1275 de nuestro Código civil habrá de reputarse nulo, --- pues los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, entendiéndose por causa ilícita aquella que se oponga a las leyes o a la moral. Así pues, a la luz de nuestro derecho positivo es innegable que todo contrato de seguro que trate de cubrir una conducta dolosa del asegurado, salvo algunas excepciones que veremos en la sección siguiente, será reputado nulo.

El alcance de la cláusula contractual que incluye entre los riesgos cubiertos el dolo del asegurado presenta mayores dificultades en cuanto a su calificación.

Como acabamos de ver, el contrato que cubriera únicamente el riesgo de dolo sería nulo, pero en el supuesto de que en un seguro se cubran diversos riesgos, uno de los cuales es la actuación dolosa del asegurado, se discute si la -

---

(532) Así lo estima de un modo mayoritario la doctrina española sobre el seguro. Vid. BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, - El riesgo jurídico, Madrid 1961, pag. 16 y ss.; BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Tratado... cit., II, pag. 38; - GARRIGUES, El contrato... cit., pag. 130 y ss.; URIA, - Orientaciones modernas... cit., pag. 284 y 285.

inclusión de tal riesgo entre los asumidos por el asegurador producirá la nulidad de la relación contractual, o por el -- contrario solo será nulo el pacto contenido en la póliza que se refiere a la cobertura de un siniestro doloso. Parece, -- no obstante que en estos casos la nulidad no debe extenderse a toda la relación asegurativa sino solamente a un siniestro determinado. Es decir, si se cubrieran por ejemplo los incen -- dios ocasionados por el asegurado de un modo intencional, -- tal pacto será nulo, pero no el contrato de seguro de incen -- dios por lo que se refiere a otros siniestros originados por causas distintas a la voluntad del asegurado, o incluso por su propia negligencia (533). El contrato sería sin embargo -- nulo en el caso de que, aunque cubriendo diversos riesgos -- además del dolo del asegurado, no se hubiera llegado a con -- cluir sin la cláusula que garantiza la provocación dolosa -- del siniestro (534).

En segundo lugar el asegurador puede resolver el -- contrato en el caso de provocación dolosa del siniestro, --- siempre que se produzca un daño parcial o el evento pueda -- producirse de nuevo, pues en el caso de daño total, o en ---

---

(533) En este sentido se expresa la doctrina más autorizada, vid. BRUCK, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin-Leipzig 1932, parag. 61 a. 20, pag. 236; KOENIG, Ob. cit., pag. 257; DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 138; CARTON de TOURNAI-Van der MEERSCH, Ob. cit., I, - pag. 44.

(534) DONATI, Ob. y loc. ult. cit.



aquellos supuestos en que el siniestro no puede repetirse,-- el contrato se extinguirá por haber cesado el riesgo (535).-- Es lógica la concesión de esta facultad, al asegurador de poder rescindir el contrato de seguro, y no como sanción a la conducta del tomador o contratante, sino en base a que el seguro es un contrato de buena fe, y la confianza del asegurador en la diligencia y actuación del asegurado se ha visto - disipada al haber sido éste quien de modo malicioso ha causado el siniestro.

En nuestro ordenamiento, en virtud de lo estipulado en el art. 414 del Código de comercio y en la Real Orden de 1 de diciembre de 1916 no solo se concede al asegurador esta facultad de resolver el contrato de seguro, (anotemos --- aquí que el legislador no es muy preciso en su terminología y emplea la expresión "rescisión" en lugar de "resolución" - que sería la correcta) sino que se le otorga siempre que se produzca el siniestro cualquiera que haya sido su causa (536). La razón de ser de estos preceptos radica en que el seguro - descansa indudablemente en una relación de confianza entre - el asegurador y el asegurado, y por eso no es extraño que -- una vez perdida ésta el asegurador quiera desligarse de su - contrato. Pero además, las circunstancias de la producción -

---

(535) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 139; BRUCK, Das Pri vat... cit., pag. 664 y 665.

(536) GARRIGUES, Curso... cit., II, pag. 300 y 301; BENITEZ-DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 435.

del siniestro pueden también aconsejar al asegurado la posibilidad de resolver no solo este contrato sino también todos aquellos otros que tuviera concertados con el asegurado. El motivo en que se basa esta facultad ha de ser también el indicado anteriormente, pues en el caso de provocación dolosa de un siniestro por el asegurado se rompe el principio de -- buena fe que debería presidir las relaciones entre los dos -- sujetos participantes en los contratos de seguro, que afecta por igual a aquél contrato a que se refiere el siniestro y a aquellos otros en los que si bien el evento temido aún no se ha producido, puede el asegurado en cualquier momento realizarlo.

En relación con la resolución del contrato surge -- la cuestión de saber a quién deben corresponder las primas -- del período del seguro en curso. En principio debería atribuirse al asegurado una parte proporcional de la prima equivalente al periodo de tiempo durante el cual ha soportado el riesgo debiendo devolver el resto al asegurado (537). Sin embargo, este proceso sería muy complicado en la práctica y -- traería consigo graves problemas técnicos y contables para -- el desarrollo de la práctica del seguro. Por todo ello se ha pensado que para simplificar este proceso podría atribuirse al asegurado el derecho a hacer suya la parte de la prima --

---

(537) Tal es lo preceptuado en la Ley suiza sobre el contrato de seguro según la cual el asegurado hace suyas -- las primas correspondientes al período de seguro en -- curso, y deberá restituir como mínimo las tres cuartas partes de las primas pagadas para periodos futuros --- (art. 25. III).

correspondiente al periodo en curso, pues sería una manera de indemnizar al asegurador por tener que renunciar a un contrato pactado por un tiempo más amplio, siempre claro está, que la provocación dolosa del siniestro lo hiciera inviable o -- destruyera el objeto sometido al riesgo, lo que haría imposible el seguro (538). Sin embargo esta posición no sería admisible en el caso de siniestro parcial; por ello estimamos -- más correcta la solución que atribuye la prima correspondiente al periodo de seguro en curso al asegurador, no como una-indemnización por la resolución, ni por el daño ocasionado -- por la conducta del asegurado, sino por haber soportado durante un tiempo el riesgo previsto en el contrato (539). Esta -- ha sido también la dirección adoptada por nuestro Código de-comercio que en el artículo 414 ha establecido que el asegu-rador en caso de resolución del contrato deberá devolver la-parte de la prima correspondiente al plazo no transcurrido.

#### 6.- Supuestos dolosos no excluidos de la cobertura del segu-ro.

La provocación intencional del siniestro no constituye siempre un riesgo excluido de la cobertura del seguro.--

---

(538) SOLARI, Ob. cit., pag. 105; y en cierto modo PICARD-BES-SON, Les assurances... cit., I, pag. 255.

(539) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 139.

El asegurado puede realizar ciertos actos productores de un siniestro que excepcionalmente estarán a cargo del asegurador por concurrir en su realización determinadas causas, como un deber de humanidad o el obrar en interés común con el asegurador, que motivan el que no le sean imputables al sujeto, - las consecuencias de sus actos dolosos. No se aplicarán pues en estos casos las normas generales sobre la provocación del siniestro, que acabamos de examinar, sino otras reglas que - precisamente por su excepcionalidad vienen expresamente recogidas por algunas legislaciones (540). En aquellas otras, en cambio, en las que faltan normas específicas en el campo del seguro, habrá que acudir a la doctrina general sobre las causas que excluyen la antijuricidad de una conducta.

En nuestro Derecho del seguro, si bien no existe - una normativa sobre estas causas, la doctrina siguiendo las orientaciones más modernas, estima que deben considerarse como no imputables al tomador del seguro aquellos actos que -- siendo totalmente voluntarios e intencionales, han sido realizados a impulso de un deber de humanidad, o producidos para evitar el siniestro, lo que podría considerarse en cierto modo como un estado de necesidad (541).

Entre los supuestos de provocación del siniestro - que no constituyen riesgos excluidos de la cobertura del se-

---

(540) Vease el art. 1900 del Código civil italiano, y el art. 15 de la Ley suiza sobre el contrato de seguro.

(541) En este sentido GARRIGUES, El contrato... cit., pag. - 215.



guro vamos a estudiar, en primer lugar, aquellos que excluyen la antijuricidad de la acción como son la solidaridad humana o el deber de humanidad, el estado de necesidad y la legítima defensa. Después nos referiremos a la actuación del asegurado cuando persigue un interés común con el asegurador, supuesto específico dentro de la problemática del seguro. -- Por último examinaremos los supuestos de suicidio del asegurado en el seguro de vida, y el relativo a la conducta intencional del asegurado en el seguro obligatorio del automóvil, como excepciones a la regla de la inasegurabilidad de los eventos dolosos.

a) Deber de humanidad.

Si el asegurado provoca el siniestro en el cumplimiento de un deber de humanidad, el asegurador quedará obligado al pago de la indemnización. Si la actuación intencional se debe al ejercicio de un deber de solidaridad humana no se considerará excluido de la cobertura del seguro, porque las razones que motivaban la exclusión de este tipo de riesgos del ámbito del seguro decaen sensiblemente en este caso; en efecto, no es contrario a la moral ni al orden público el causar un daño movido por nobles sentimientos y alejado el sujeto de toda malicia o interés de percibir una indemnización por sus actos. La verdadera intención del asegurado es salvaguardar el interés de un tercero y por ello no puede hablarse en este caso de provocación intencional del siniestro en sentido propio. Existe pues, una razón o un motivo que impulsa a obrar, que no es otro sino el deber de hu

manidad, lo cual produce un cambio en la naturaleza de la -- conducta del sujeto; viene entonces a faltar el nexo causal -- que liga la acción culpable con el siniestro de modo que no -- se producirán las consecuencias normales del dolo (542).

Resulta difícil definir lo que debe entenderse por deber de humanidad. Este hace referencia a un conjunto de -- sentimientos humanitarios que llevan al sujeto a preferir el sacrificio de un interés propio para favorecer un interés -- ajeno amenazado por un peligro inminente. Para que se produzca esta situación son precisos dos presupuestos: la existencia de un deber de humanidad que impulsa a obrar, y la existencia de un peligro para el interés de una tercera persona.

La doctrina está generalmente de acuerdo en la aplicación de esta causa de antijuricidad al campo del seguro -- (543) y así se citan como conductas integrantes de un deber de humanidad la de la persona que pierde su vida al tratar de salvar a otra de morir ahogada, o aquella otra del que derriba su casa para impedir la propagación de un incendio, o

---

(542) SOLARI, Ob. cit., pag. 87.

(543) EHRENZWEIG, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, Wien 1962, pag. 267; von GIERKE, Ob. cit., pag. 203; PROELSS, Ob. cit., pag. 267; DONATI, Tratatto... cit., pag. 140; LA TORRE, I sinistri... cit., pag. 97; SOLARI, Ob. cit., y loc. cit.; GARRIGUES, Ob. y loc. ult. cit.

la madre que se somete a una transfusión de sangre para salvar a su hijo aún a sabiendas de que la operación será mortal para ella.

b) Estado de necesidad.

El estado de necesidad es otra causa que motiva la no exclusión del riesgo doloso de la cobertura del seguro. - Resulta difícil distinguir entre los supuestos de deber de humanidad y de estado de necesidad, pues en cierta medida am los conceptos coinciden. Se pueden señalar como principales diferencias el hecho de que el estado de necesidad solo opera en relación con las personas, mientras que el deber de humanidad puede también referirse a los bienes, como en el caso del incendio anteriormente mencionado; la distinta finalidad que persiguen, pues mientras el deber de humanidad tiene una finalidad altruista de ayuda a una tercera persona, el estado de necesidad persigue siempre un beneficio para el -- propio sujeto, que obra tratando de evitar un mal que le ame--naza (544), y, en fín, cabe pensar también que la existencia de un estado de necesidad está sometida a la presencia de -- unos requisitos que se exigen de un modo riguroso (la inmi--nencia de un daño grave que amenaza a una persona; el hecho de que este daño no haya sido causado de propósito o por simple negligencia del sujeto, y que el daño que se cause sea - necesario y en relación con el peligro que le amenazaba) lo-

---

(544) LA TORRE, I siniestri... cit., pag. 97 y ss.

que no ocurre en el caso del deber de humanidad (545).

Solo pues la presencia de estos tres requisitos motivará el que podamos hablar de estado de necesidad y que -- consecuentemente con ello el asegurador debe responder de -- los siniestros provocados por el asegurado en base a una causa de tal naturaleza.

c) Legítima defensa.

Tampoco se puede afirmar que sea contraria a la moral y al orden público aquella actuación del asegurado que -- provoca consciente y voluntariamente el siniestro en legítima defensa (546). En efecto, existe una unanimidad doctrinal en cuanto a la consideración de que no será imputable al sujeto el daño que se produzca por razón de una legítima defensa (547).

Por legítima defensa se entiende aquella que es necesaria para evitar un ataque antijurídico inminente contra el propio agente o contra otro (548). Así por ejemplo estare

---

(545) SANTOS BRIZ, Derecho de daños, Madrid 1963, pag. 80.

(546) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 140.

(547) Vid. SANTOS BRIZ, Ob. cit., pag. 80.

(548) Tal es la definición contenida en el parag. 227, 2º del Código civil alemán.



mos en presencia de un supuesto de legítima defensa si el beneficiario de un seguro de vida mata al asegurado que a su vez trata de matarle, o si el asegurado se mutila para evitar la gangrena, o si se mata a un animal asegurado que trataba de atacar al que obra (549). En todos estos casos la actuación del asegurado quedará cubierta por el seguro.

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos -- ninguna regulación de estos supuestos ni en las disposiciones sobre el contrato de seguro, ni en el Código civil. En el Código penal entre las causas existentes de la responsabilidad criminal se regulan la legítima defensa y el estado de necesidad (550), que en opinión de la doctrina son aplicables en el terreno civil (551) y a nuestro juicio deben extenderse lógicamente al campo del seguro.

En nuestro Derecho se desconoce sin embargo la figura del deber de humanidad. Parece, no obstante, correcto pensar que será de aplicación también en base a la mayor extensión con que el estado de necesidad aparece regulado en nuestro sistema, pues comprende tanto la evitación de un da-

---

(549) Vid. DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 140.

(550) Vease el art. 8º del Código penal, especialmente los números 4, 5, 6 y 7.

(551) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, en los comentarios a ENNECERUS, cit. II, 2, pag. 641; SANTOS BRIZ, Ob. cit., pag. 81.

ño para el propio sujeto que obra, como para otra persona, -- lo cual nos lleva a estimar que por lo que respecta a las -- personas tanto la actuación en interés ajeno (deber de humanidad) como la actuación en interés propio (estado de necesidad) eximen de responsabilidad. Además, por lo que se refiere a los casos, sería absurdo otorgar un tratamiento diferente al que obra para defender un bien ajeno, del que corresponde al que obra en defensa de sus propios bienes, pues los valores protegidos son los mismos y sería injusto que precisamente resultara menos favorecido jurídicamente el que obra altruistamente en beneficio de un tercero, que el que lo hace movido por su propio beneficio y en su propio interés, su puesto éste contemplado en nuestro Derecho.

d) Interés común con el asegurador.

En el Derecho italiano se presenta también como su puesto intencional no excluido de la cobertura, el realizado por el asegurado tratando de tutelar un interés que tiene en común con el asegurador (art. 1900 Codice civile). Se entiende que si el asegurado provoca un siniestro al tratar de evitar un daño o un evento que sería lesivo tanto para él como para el asegurador por amenazar a un objeto asegurado, al -- obrar en interés común con el asegurador se excluye también la inmoralidad de la conducta del asegurado.

El supuesto de una actuación en interés común con el asegurador se plantea frecuentemente en relación con los deberes o cargas de aminorar el siniestro o de salvamento de

las cosas aseguradas, que están a cargo del asegurado. Así - por ejemplo, se obra en interés común con el asegurador cuando en el seguro de incendios se destruyen los muebles de la casa al echar agua para apagar el fuego, o cuando resultan dañados algunos objetos de fácil combustión al arrojarlos -- fuera de la casa para que no se extienda el incendio (552).

No es este sin embargo el único supuesto de interés común que puede darse aunque sí el más frecuente. Esta causa será aplicable no solo a los daños diversos que se originan de un mismo evento aunque sean extraños al riesgo, sino también a diversos eventos que pueden producirse al tratar de evitar el daño, como serían las lesiones que se produjera el asegurado al perseguir a un ladrón que le ha despojado de un objeto asegurado, si además del seguro de robo, está también asegurado contra los accidentes corporales, pues el evento - aunque provocado por culpa del asegurado, en el caso de que la lesión fuera previsible (disparo, salto desde gran altura), es consecuencia de un acto realizado en interés común con el asegurador (553).

En nuestro Derecho no encontramos ninguna base positiva para poder encuadrar este supuesto entre aquellos que

---

(552) DONATI, Ob. cit., II, pag. 140.

(553) LA TORRE, Ob. ult. cit., pag. 100-101.

eximen de responsabilidad al asegurado, a no ser que tratemos de subsumir también los actos realizados para evitar el siniestro o aminorar sus consecuencias dentro del concepto de estado de necesidad (554).

La regulación del contrato de seguro contenida en nuestro Código de comercio resulta hoy insuficiente, pues no contempla ni siquiera el deber de aminorar las consecuencias del siniestro, y por ello no resulta extraño que no se contemplen dentro de la ordenación legal estas figuras, que aunque pueden encontrar aplicación en los contratos de seguro en virtud de la doctrina civil, sería deseable que, al menos fueran recogidos por las pólizas que regulan de un modo particular el contrato.

e) El seguro obligatorio de vehículos de motor.

Otra excepción a la exclusión del riesgo de dolo, de índole diferente a las anteriores, la encontramos en la Ley de 24 de diciembre de 1962 y el Reglamento de 19 de noviembre de 1964 que introducen en nuestro país el seguro obligatorio de vehículos de motor.

La finalidad que persiguen estas disposiciones legales es el resarcimiento de los daños ocasionados por la --

---

(554) En este sentido implícitamente GARRIGUES, El contrato... cit., pag. 215.



circulación de los vehículos automóviles, estableciendo para ello un sistema de responsabilidad objetiva. Los hechos de los que nace la obligación de resarcir son todos los provenientes de la circulación de vehículos de motor con la excepción de los que constituyen un delito o falta doloso no tipificado en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor (arts. 39 de la Ley de 1962 y 1º del texto refundido de 21 marzo 1968 y 21 del Reglamento). Esta exclusión nace, como dice el preámbulo del Decreto que aprueba el Reglamento, del sistema de la propia Ley, que no deroga el Código penal en materia de responsabilidad civil nacida de tales hechos. Luego según el art. 1º de la Ley y el 2º del Reglamento será objeto del seguro toda responsabilidad derivada de cualquier causa de atribución, sea esta objetiva, culposa e incluso dolosa, con la excepción anteriormente indicada, y por tanto quedarán incluidos en la garantía los siniestros producidos por los delitos y faltas contenidas en la Ley de 1962 (arts. 2 a 10). Se cubre pues en esta modalidad del seguro el dolo del asegurado (555).

Las razones para la cobertura del dolo las podemos

---

(555) BROSETA, Ob. cit., pag. 457. Vid. también, Actas del coloquio de Bilbao sobre el seguro de responsabilidad civil en la Ley del automóvil, Bilbao 1963; y BENITEZ-DE LUGO REYMUNDO, El seguro obligatorio de vehículos de motor y su proyección indemnizatoria, Madrid 1965.

hallar en la especialidad de esta modalidad del seguro, seguro obligatorio, que persigue ante todo la reparación de los daños que produce la circulación con independencia del origen de dichos daños. El fenómeno de la circulación ha tomado en nuestros días un gran auge y como consecuencia de esto -- han aumentado también las víctimas de los riesgos producidos por el tráfico del automóvil a las que el seguro obligatorio trata de proteger y que quedarían sin defensa si se excluyeran de la cobertura del seguro los siniestros dolosos causados por los asegurados, pues nos enfrentamos en la mayoría -- de los casos con la insolvencia de éstos. La excepción de -- los delitos y faltas no tipificados en la Ley es lógica, --- pues estos son delitos comunes que no tienen nada que ver -- con el hecho de la circulación, aunque se utilice un vehículo de motor para su comisión, como ocurriría en el caso de -- un asesinato cometido con un automóvil (556). Además la responsabilidad civil derivada de un delito constituye un riesgo inasegurable jurídicamente (557), no cabe por tanto asegurar las consecuencias de un delito común. Ahora bien, es establecimiento de nuevas normas que regulan tipos especiales de seguros, deben interpretarse, como afirma DUQUE (558), en

---

(556) BARREIRO, Comentarios sobre el seguro obligatorio de vehículos de motor, Madrid 1965, pag. 293.

(557) URÍA, Ob. cit., pag. 565.

(558) DUQUE, El deber del tomador en la proposición del seguro obligatorio de automóviles, en Zweiter Weltkongress ... cit., pag. 236.

el marco general del Código de comercio salvo que en estas -- normas se disponga otra cosa, como sucede en el seguro de -- automóviles, tal como venimos comentando. Se trata pues de \* una norma especial que rompe con el sistema general tanto de la responsabilidad como del seguro.

f) El suicidio del asegurado.

La provocación dolosa del siniestro en el seguro de vida está representada en primer lugar por el suicidio del -- asegurado y en segundo lugar por la muerte del asegurado por obra del beneficiario, Este segundo supuesto que no se en--- cuenta regulado en nuestro Código está excluido de la cober-- tura del seguro por aplicación de las normas generales sobre la provocación del siniestro. El suicidio, en cambio, viene-- regulado por el art. 423 del Código de comercio que establece que "el seguro para el caso de muerte no comprenderá el -- fallecimiento si ocurriere en cualquiera de los casos siguientes: ... 2º Si se suicidare". Se trata en principio de un -- riesgo excluido de la cobertura del seguro pero que en la -- práctica las compañías aseguradoras cubren una vez transcu-- rrido el plazo de un año a contar de la vigencia del contrato, lo que plantea el problema de si es el suicidio un su--- puesto especial de dolo no excluido del contrato de seguro.-- La aceptación de esta consideración nos lleva a preguntarnos sobre la derogabilidad de lo preceptuado por el art. 423 del Código y también sobre la validez de la cláusula que cubre -- el riesgo de suicidio.

El suicidio es la muerte que el asegurado se causa a sí mismo de un modo consciente y voluntario. Así lo afirma la mayoría de la doctrina que está de acuerdo en considerar que no cabe hablar de suicidio si se da muerte una persona privada de razón (559), y lo recogen también algunas legislaciones extranjeras sobre el contrato de seguro- (560).

- 
- (559) Así por ejemplo puede verse en la doctrina italiana; ALIMENA, Il suicidio nella formulazione della nuova legislazione sul contratto di assicurazione, Ass. -- 1942, I, pag. 210; BUTTARO, Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo, Ass. 1955, I, pag. -- 69; DONATI, Tratatto... cit., III, pag. 622; GHERSI, Il rischio suicidio nell'assicurazione sulla vita, -- Ass. 1954, I, pag. 146; SALANDRA, Commentario... cit., pag. 426-427; SORAVIA, L'assicurazione sulla vita, -- Milano 1962, pag. 119. En contra de este criterio -- LORDI, Il suicidio nell'assicurazione, Riv. Dir. Com. 1934, 2, pag. 82, que considera como excluido solo el suicidio voluntario entendiendo por tal el que se realiza con ánimo de que el beneficiario perciba la suma asegurada. En Francia, ANCEY-SICOT, La Loi sur le contrat d'assurance, Paris 1930, pag. 157; CAPI--TANT, La loi du 13.7.30 relative au contrat d'assurance, Paris 1930, pag. 57; PICARD-BESSON, Traité... cit., IV, Paris 1945, pag. 226. En Suiza, KOENIG; -- Ob. cit., pag. 249; SOLARI, Ob. cit., pag. 51 y sobre el suicidio pag. 91; WARTBURG, L'assurance sur la vie, Lausanne 1959, pag. 114. En Alemania vid. -- BRUCK, Das Privat...cit., pag. 656; von GIERKE, Ob. cit., II, pag. 343; BRUCK-DOERSTLING, Das Recht des Lebensversicherungsvertrages, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924, pag. 155 y ss. En Bélgica, CARTON DE TOURNAI--Van der MEERSCH, Précis... cit., II, pag. 32 y ss. -- En Inglaterra PRESTON-COLINVAUX, Ob.cit., pag. 256.

- (560) Vid. art. 450 del Código de comercio italiano de --- 1882, art. 62 de la Ley francesa de 1930, art. 169 -- de la Ley alemana de 1908 y art. 41 de la Ley belga- de 1874.



La legislación, la doctrina y la jurisprudencia - están pues de acuerdo en considerar que sólo podrá hablarse de suicidio en el caso de una muerte causada por una persona que voluntariamente la quiera, y que a este supuesto se refiere el Código de comercio al hablar de los riesgos excluidos del seguro de vida. De otro lado la muerte que se causa a sí mismo una persona privada de razón y de sentido, aunque sea de un modo pasajero, no ha de considerarse suicidio y -- por tanto en este caso el asegurador deberá cumplir con su obligación de pagar la prestación.

A la vista del clausulado de nuestras pólizas puede plantearse la cuestión de si es admisible en nuestro ordenamiento jurídico la cobertura del riesgo de suicidio voluntario, o lo que es lo mismo, si frente al art. 423 del Código cabe el pacto en contrario. La respuesta a esta pregunta nos lleva a considerar los siguientes temas: en primer lugar la derogabilidad del art. 423 por acuerdo de las partes, en segundo lugar si dicho pacto es contrario a la moral y al orden público, y por último si la cobertura del suicidio no -- destruye el carácter aleatorio del contrato de seguro (563).

Como ya hemos visto anteriormente, podemos considerar que el art. 423 del Código tiene naturaleza dispositiva, pues, frente a la interpretación comparativa de los tex-

---

(563) Vease SANCHEZ CALERO, Validez... cit. pag. 423 y ss.

Nuestro Código de comercio solo se refiere al suicidio del asegurado sin especificar si éste ha de ser o no - voluntario para quedar excluido de la cobertura, pero en la Exposición de Motivos del Código se hablaba ya de que "en el caso de suicidio, el asegurado se ha colocado voluntariamente en condiciones de recibir la muerte", lo que nos lleva a suponer que el legislador consideraba que solo la muerte que una persona se causa a sí misma de un modo intencional y en su plena razón es lo que ha de entenderse por suicidio. Esta opinión es propugnada por la mayoría de la doctrina (561) y ha sido aceptada también por la jurisprudencia en la interesante sentencia de 9 de enero de 1962 (562).

---

(561) GARRIGUES, Curso... cit., II, pag. 331; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Tratado... cit., III, pag. 89; BLANCO --- CONSTANS, Ob. cit., II, pag. 696; LANGLE, Ob. cit., --- III, pag. 607; SANCHEZ CALERO, Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro, en Estudios de Derecho Público y Privado, II, Valladolid 1966, pag. 421 y 422; URIA, Ob. cit., pag. --- 597; GARRIGUES, El contrato... cit., pag. 584.

(562) Se trataba de una persona que con posterioridad a la celebración de un contrato de seguro de vida contra una enfermedad mental y en ese estado se quitó la vida antes de que transcurriera el período de carencia fijado por la póliza para la cobertura del suicidio. La --- sentencia establece que solo puede conceptuarse de suicidio aquella muerte que se causa quien voluntariamente la quiere y que sólo ésta es la excluida por el art. 423 del Código de comercio y por la póliza en cuestión.

tos de los arts. 423 y 424 que, basándose fundamentalmente - en la diferente redacción de los preceptos, determina la imperatividad del primero de ellos puesto que en él se declara taxativamente la inasegurabilidad mientras que en el segundo se admite el pacto en contrario, el art. 385 del mismo cuerpo legal establece que la regulación del contrato de seguro contenida en el Código tiene un carácter supletorio frente a lo acordado por las partes (564). También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado en esta dirección manteniendo en numerosas sentencias la tesis de la dispositividad de los preceptos del Código de comercio relativos al seguro (565).

Si admitimos esta argumentación el seguro del --- riesgo de suicidio del asegurado no será un acto contrario a la ley, pues si bien ésta prohíbe en un principio este seguro solo lo hace a falta de que las partes establezcan lo contrario en el contrato. Este hecho no basta, sin embargo, para resolver el problema planteado pues no solo se precisa que -

---

(564) Vid. MENEU, Los riesgos excluidos en el seguro de vida y la reserva matemática, A.M.C. 1955, pag. 32; LANGLE, Ob. cit., III, pag. 607; SANCHEZ CALERO, Validez... -- cit., pag. 424; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Tratado... - cit., III, pag. 89.

(565) Vid. las sentencias de 22 de diciembre de 1894, de 24 de junio de 1915, de 9 de agosto de 1928 y de 16 de -- marzo de 1929.

la cobertura de este riesgo sea legal sino también lícita,-- es decir que no se oponga a la moral o al orden público (566).

Tampoco podemos pensar que la cláusula que admite la cobertura del suicidio sea contraria a la moral y al orden público. En este sentido se ha afirmado por algunos autores que esa cláusula solo serviría de estímulo para que el asegurado se suicide y que sería inmoral que quien causa un daño perciba por ello una indemnización (567). Pero hay que reconocer que frente al estímulo de la indemnización operan factores negativos como el propio instinto de conservación y los sentimientos de índole social, moral o religiosa que --- creemos que en muchos casos son más fuertes, o están más ---

---

(566) También se podría pensar, como ha señalado SANCHEZ CALERO, que la aprobación administrativa que obligatoriamente ha de recabarse sobre las condiciones generales de las pólizas de seguros, sancionaría la legalidad de las mismas, pues el art. 10 párrafo 4º de la Ley de Ordenación del Seguro privado de 1954, declara que se debe denegar la autorización cuando en la póliza figuren condiciones ilegales. Sin embargo la aprobación administrativa no supone que se transformen las condiciones en una norma legal ni tampoco se admite que tenga una eficacia sonatoria (Validez... cit., pag. 428).

(567) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, pag. 661. En nuestro país GONZALEZ DE ECHAVARRI, Ob. cit., IV, pag. 112; GAY de MONTELLA, Ob. cit., III, 1, pag. 397.



arraigados, e inciden por ello sobre la voluntad del sujeto -- en mayor medida que el hecho de dejar a los beneficiarios -- una determinada cantidad (568).

Por esto, para evitar, de un lado, los graves problemas que la prueba de la voluntariedad o involuntariedad -- del suicidio plantea y también, para salvar la objeción de -- que sería contrario al orden público que el asegurador asumiera el suicidio del asegurado por la incitación que este -- hecho representaría para suicidarse, se propugna en la doctrina el establecimiento de un período de carencia una vez transcurrido el cual, el asegurador responderá del suicidio incluso voluntario, con lo que se cierra el paso a la posibilidad de contratar un seguro pensando en el suicidio (569).

Por otra parte no parece inmoral que los herederos o beneficiarios del suicida, que serán normalmente sus familiares, sean los que reciban la indemnización, pues el acto doloso nada tiene que ver con ellos (570).

---

(568) ALIMENA, Ob. cit., pag. 232.

(569) DONATI, Tratatto...cit., II, pag. 620; SORAVIA, Ob. cit. pag. 119; PICARD-BESSON, Les assurances... cit., pag. 661; SOLARI, Ob. cit., pag. 91; BRUCK, Das Privat... - cit., pag. 657; SANCHEZ CALERO, Validez...cit., pag. 430.

(570) En este sentido VIVANTE, argumenta que la cobertura -- del suicidio tiene una mayor utilidad social pues actúa a modo de seguridad social para los familiares del suicida, y por esto no debe ser considerada como contraria

Finalmente ante la objeción de que el contrato -- perdería su carácter aleatorio si se cubriera el suicidio, -- podemos responder que eso solo sucedería si el asegurado tiene el firme propósito de suicidarse antes de contratar el seguro. El alea debe existir en el momento de la formación del contrato; por esto bastará con que en ese momento el riesgo presente incierto para que exista el alea contractual. -- Viene también a determinar la existencia del alea contractual el establecimiento de un período de carencia transcurrido el cual se cubrirá el suicidio, lo que hace suponer que -- no pueda pensarse en concertar un seguro con el ánimo de suicidarse una vez cumplido el período de carencia (571).

La aleatoriedad podría referirse también al carácter fortuito del evento que ocasiona el siniestro, sin embargo, hoy no es concebible la identificación del alea contractual y el carácter del evento que se asegura, y por lo que -- respecta a este último no tiene necesariamente que ser fortuito pues el desarrollo de los seguros ha hecho posible la cobertura de riesgos que no tienen ese carácter (572).

---

a las buenas costumbres. Además no se podría hablar de justicia si se impone al asegurado que se suicida una sanción en nombre del orden público, por un hecho que los demás ciudadanos libremente pueden realizar (Il contratto... cit., III, pag. 207).

(571) SANCHEZ CALERO, Validez... cit., pag. 434.

(572) Vease en general: DONATI, Tratatto... cit., II, pag. - 137; MOELLER, Moderne teorie... cit., pag. 25.

De todo lo expuesto se deduce que en nuestro Derecho puede considerarse el suicidio del asegurado como un supuesto excepcional no excluido de la cobertura del seguro, - una vez transcurrido el período de carencia que nuestras pólizas fijan en un año, pese a ser un caso claro de provocación dolosa del siniestro.

#### 7.- La actividad ilícita del asegurado como causa del evento

En la doctrina más moderna se estima que la provocación intencional del siniestro no solo comprende aquellos eventos causados por una actuación dolosa del asegurado sino también aquellos otros que se originan en una actividad ilícita de éste. La ampliación del concepto de provocación dolosa del siniestro se basa fundamentalmente, según estos autores, en la distinción entre causa y ocasión como elementos - que se encuentran en el origen del evento dañoso (573). Según esto estaremos en presencia de la primera cuando el evento se origina en la conducta del asegurado que lo procura directamente; se dará en cambio la segunda si el evento se produce como consecuencia de una actividad contraria a la ley, - aunque dicho evento no sea buscado directamente por el asegurado ni haya sido causado por la actividad contraria a la ley, sino en el transcurso de ella y obedeciendo a otras causas -

---

(573) En este sentido FANELLI, L'assicurazione privata contro gli infortuni, Roma 1945, pag. 171, seguido más tarde por DONATI, Tratatto...cit., II, pag. 131 y 166; y por DURANTE, L'assicurazione privata contro gli infortuni, Milano 1960, pag. 261.

(sirvan de ejemplo la muerte ocasionada en un duelo o el naufragio de un buque durante una operación de contrabando).

Esta distinción no encuentra ningún apoyo en nuestro ordenamiento. Como se puede apreciar con la simple lectura de los arts. 393 y 396 del Código de comercio, nuestro legislador emplea indistintamente ambos términos. Tampoco las pólizas españolas conocen esta distinción, y a lo largo de la enumeración de los riesgos excluidos se refieren unas veces a siniestros causados y otras a siniestros ocasionados por la actividad ilícita del asegurado (574). Tan solo la juris-

---

(574) Vease como ejemplo el art. 3º de la póliza de seguros-  
contra incendios que dice literalmente:

I.- La Compañía no responde de las pérdidas o daños --  
ocasionados por incendios o explosiones sobrevenidas --  
en casos de guerra, invasión, fuerza militar, motín --  
asonada o sedición, erupciones volcánicas, huracanes, --  
trombras, terremotos o temblores de tierra, o por cual-  
quier fenómeno meteorológico que no sea el rayo, excep-  
to cuando el asegurado pruebe que el incendio o explo-  
sión ocurrió independientemente de la existencia de ta-  
les condiciones anormales.

II.- Tampoco la Compañía responde de los incendios o --  
explosiones causados por bombas, artefactos inflama---  
bles o explosivos, o por cualquier atentado con fin po-  
lítico o social, o por alboroto popular.

III.- No obstante, mediante especial mención en la póliza, y el pago de la sobreprima correspondiente, la --  
Compañía cubre los daños de incendio o explosión produ-  
cidos con ocasión de motín, asonada o sedición, así co-  
mo a consecuencia de artefactos inflamables o explosi-  
vos, o por cualquier atentado con fin político o social,  
o por alboroto popular, aunque no sea dirigido contra-  
la autoridad.



prudencia en alguna sentencia aislada ha venido a distinguir entre la causa eficiente que produce el evento y la oportunidad o coyuntura en que éste se produce pero engloba ambas -- hipótesis dentro del concepto de ocasión (575). Finalmente -- en nuestra doctrina tampoco se ha prestado la oportuna atención al tema (576). No parece, sin embargo, dudosa la utili-

---

IV.- El seguro no cubre los daños causados por la sola acción del calor, por el contacto directo o indirecto con aparatos de calefacción, alumbrado u hogares, por accidentes de fumador o domésticos, o cuando los objetos asegurados caigan aisladamente al fuego, a no ser que tales hechos ocurran con ocasión de un incendio -- propiamente dicho, o que éste se produzca por las causas expresadas.

V.- La Compañía no responde de los daños o desperfectos que sufran los aparatos eléctricos y sus accesorios por corrientes anormales, cortocircuitos, propia combustión, causas inherentes a su funcionamiento o -- por la caída del rayo, aunque en los mismos se produzca incendio, pero responderá de los daños causados a los demás objetos asegurados a los que se hubiere propagado el incendio que proceda de dichos aparatos o accesorios, como asimismo de los daños ocasionados en los aparatos eléctricos y sus accesorios por un incendio iniciado fuera de los mismos.

VI.- El seguro en ningún caso cubre los daños causados por delito del asegurado o por imprudencia del mismo -- constitutiva de delito.

(575) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942.

(576) URÍA señala la diferencia aunque no se detiene a explicar la distinción (Ob. cit., pag. 565). En la doctrina civil se ha señalado con respecto al dolo la separación entre causa eficiente, que sería el evento provocado por el ser humano, la condición, que permite a la

dad de esta distinción que sirve para diferenciar ambos supuestos al mismo tiempo que proporciona una base común al estudio de la actividad ilícita del asegurado.

Entre los riesgos asegurables no podrán pues comprenderse aquellos que originan un siniestro como consecuencia de una actuación ilícita del asegurado, aunque no hayan sido directamente provocados por éste, pues sería contrario a la moral y al orden público que un asegurador pudiera garantizar las consecuencias de una actividad contraria a derecho por medio de un contrato de seguro.

La exclusión de la actividad ilícita del ámbito de la cobertura del seguro la encontramos formulada ya en la doctrina clásica del seguro marítimo (577), y ha sido recogida en nuestros días por diversos autores (578), aunque la mayoría de los que se ocupan del tema se limitan a enumerar diversos supuestos de actividades de este género sin llegar a plantearse la cuestión de un modo general.

---

causa actuar, y la ocasión, que es la coincidencia de circunstancias que favorecen el juego de la acción. --- (COSSIO, La causalidad en la responsabilidad civil, -- A.D.C. 1966, pag. 531).

(577) BALDASSERONI, Tratatto... cit., II, pag. 115; EMERIGON, Ob. cit., I, pag. 210.

(578) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 141; KISCH, Ob. cit., II, pag. 96; PICARD-BESSON, Traité... cit., I, pag. 60; SANTI, Ob. cit., pag. 94.

Por otra parte, en las distintas legislaciones estudiadas sobre el seguro tampoco encontramos ninguna norma general sobre la actividad ilícita del asegurado (579). En algunos ordenamientos aparecen disposiciones aisladas, generalmente en la regulación del seguro marítimo, que inducen a pensar que si bien el legislador no se refiere de modo explícito a esta actividad, sí contempla algunos supuestos de actividad ilícita del asegurado (580), así sucede con el art. 781 n° 4 y 5 del Código de comercio que declara nulos los -- contratos de seguro que recayeran "sobre géneros de ilícito-comercio en el país del pabellón del buque".

En defecto de regulación expresa, la inasegurabilidad de los eventos producidos por la actividad ilícita del asegurado habrá de fundarse, como se ha insinuado ya, en los principios generales del Derecho civil en materia de contratos, y más concretamente en aquellos preceptos del Código -- que se refieren a la causa, porque como es sabido, al hablar de inasegurabilidad de un riesgo en este caso (actividad ilícita del asegurado) nos estamos refiriendo a la causa del --

---

(579) Una excepción a esta regla es el Allgemeine Landsrecht prusiano en el que se encuentra recogida la actividad-ilícita (II,8,parágrafo 1953).

(580) Este mismo criterio ha sido seguido por otras legislaciones como por ejemplo el Código de comercio alemán -- de 1861 en sus artículos 564 y 428, el Código de comercio argentino, art. 1168 n° 3, el Código de comercio -- de Chile, art. 1216 n° 6, el Código de comercio mejicano, art. 856 y el Código de comercio portugués, art. -- 600.

contrato de seguro (581). En efecto, el art. 1275 del Código civil nos dice que serán nulos los contratos que tengan una causa ilícita, y que por causa ilícita debe entenderse aquella que se opone a las leyes o a la moral, y un contrato que cubriera el riesgo derivado de la actividad ilícita es contrario a la moral, pues ésta se opone a que de actos contrarios a las regulares normas de conducta se deriven consecuencias beneficiosas para aquellas personas que los causaron.

Ahora bien, los efectos de la nulidad solo se producirán, si se dan en la actividad que contemplamos los siguientes requisitos: En primer lugar solamente los eventos que se produzcan en el curso de una actividad ilícita del asegurado darán lugar a su clasificación como riesgos excluidos y a la consiguiente liberación del asegurador de su obligación al pago de la indemnización. La actividad es ilícita no solo cuando es contraria a la ley sino que se requiere, además, que sea contraria a la moral y al orden público. La inobservancia de las leyes o reglamentos no basta por sí so-

---

(581) También son inasegurables los eventos que recaen sobre un interés ilícito, pero la inasegurabilidad no tiene su origen en este caso en la causa del evento (dolo o actividad ilícita del asegurado) y por esto no son objeto de nuestro estudio. Sin embargo la distinción entre uno y otro concepto es difícil en muchos casos --- pues las hipótesis a que se refieren son muy similares (Vid. KISCH, Ob. cit., II, pag. 96; también DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 144 y 231 y ss.; PICARD-BESSON, Traité... cit., I, pag. 67; CARTON DE TOURNAI-Vander MEERSCH, Ob. cit., I, pag. 43).



la, en el caso que nos ocupa, para configurar una actividad como ilícita pues entonces se reducirían considerablemente los riesgos asegurables, una buena parte de los cuales en determinados ramos del seguro, procede de infracciones legales aunque sean debidas a culpa o negligencia (582). Es decir, que además de una contravención de lo dispuesto en una ley será necesario que la conducta sea inmoral o contraria al orden público. Se considerarán pues como supuestos integrantes de una actividad ilícita: el contrabando, la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes, la llevanza de casas de tolerancia, las loterías prohibidas, el duelo y el delito del asegurado que implica la condena a la pena capital (583).

---

(582) En contra LANGLE que nos habla de que el riesgo debe derivar de hechos legítimos para ser asegurable, no considerando como tales la infracción de las leyes y reglamentos (Ob. cit., III, pag. 535) y también BLANCO CONSTANS que afirma que no cabe cubrir los riesgos que provengan de una infracción legal (Ob. cit., II, pag. 678). En el Derecho comparado puede verse también PICARD-BESSON (Les assurances...cit., I, pag. 144) y VIVANTE (Il contratto...cit., I, pag. 205) que al plantear el tema de las infracciones de las leyes y reglamentos, afirma que si bien el dolo penal presupone siempre el dolo civil no sucede lo mismo con la culpa, es decir con la contravención por negligencia de una ley que no siempre supone una actividad culpable del asegurado que la hacía inasegurable.

(583) La mayoría de estos supuestos han sido elaborados por la jurisprudencia francesa y recogidos más tarde por la doctrina del seguro. Vid. PICARD-BESSON, Traité...cit., I, pag. 63 y ss.; DONATI, Tratatto...cit., II, pag. 142 y 143; CARTON DE TOURNAI-Van der MEERSCH, Ob. cit., I, pag. 261; KISCH, Ob. cit., II, pag. 96 y ss.;

La actividad ilícita del asegurado ha de provenir directamente del contratante o tomados del seguro del asegurado o del beneficiario en los mismos términos que veíamos - al tratar de la provocación y del dolo (584). La actividad ilícita de los auxiliares y dependientes del asegurado realizada sin conocimiento de éste será irrelevante a los efectos del siniestro voluntariamente provocado (585).

Por último se exige también la presencia de un ne xo causal que ligue la actividad ilícita con el evento que - provoca el siniestro, aunque en este caso no se precisa que - la actividad sea el hecho determinante del evento sino que - basta con que el siniestro se produzca con ocasión de la actividad. Así por ejemplo, se dará esta unión causal en el ca so del naufragio de un buque destinado al contrabando por --

---

en nuestra doctrina Vid. BROSETA, Ob. cit., pag. 425; SANCHEZ CALERO, Ob. cit., pag. 444; URÍA, Ob. cit., -- pag. 565. Con respecto al seguro de los riesgos de loterías en España se otorgó por Orden de 15 de noviembre de 1927 una concesión para la explotación de una - combinación por la que se reintegraba en vales a los - jugadores de la lotería el desembolso realizado por -- los números no premiados más el 15% de la cuota satisfecha por estimarse que tal combinación no era realmen te un seguro (Vid. BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 231).

(584) SALANDRA, Comentario...cit., pag. 424; DONATI, Tratamiento...cit., II, pag. 143; PICARD-BESSON, Ob.ult.cit., - I, pag. 67.

(585) En este sentido puede verse DONATI, Ob. y loc. cit.; - también PERSICO que considera que el contrabando del - capitán se puede encuadrar dentro de la baratería (Ob.

causa de una tempestad, pues si bien ésta debe reputarse como causa directa del siniestro, el contrabando es la ocasión en la que se produce; en el secuestro de una nave que se dedica al contrabando, la confiscación es a la vez causa y ocasión-- por ser un siniestro propio de la actividad ilegal a la que el buque se dedica; en cambio no existirá nexo causal si se incendia un edificio destinado a casa de prostitución pues -- la actividad ilícita no está ligada con el siniestro objeto-- del seguro, pues falta una relación de causa a efecto entre-- la actividad y el daño que se produce (586).

Si bien la mayoría de los supuestos de actividad-- ilícita que hemos mencionado no plantean ningún problema es-- pecial en cuanto a su inclusión en esta categoría, pues la -- prohibición de estas actividades se funda en un respeto a -- las buenas costumbres o a la moral normalmente aceptado en -- todos los países civilizados (tal es el caso de la esclavi-- tud, la trata de blancas o, el tráfico de drogas), no sucede lo mismo con el contrabando, pues suele ocurrir, que la le-- gislación sobre esta materia no sea uniforme en todos los -- países de modo que los géneros que en uno de ellos son consi

---

cit., pag. 51). En el mismo sentido FARIÑA, Derecho Co  
mercial Marítimo, IV, Barcelona 1956, pag. 153.

(586) Ejemplos tomados de DONATI, Tratatto...cit., II, pag.-  
143.

derados contrabando, sean de lícito comercio en otros. Estas consideraciones nos llevan a distinguir con respecto al seguro de estas operaciones las que tienen por objeto el tráfico de mercancías prohibidas en el país donde se contrata el seguro, y aquellas otras que tratan de introducir una mercancía lícita en el lugar del seguro, en un país extranjero en el que se la considera contrabando. El primer supuesto no plantea ningún problema en cuanto a su inasegurabilidad pues el comercio o la importación de las mercancías objeto de contrabando están prohibidas por las leyes del propio país, y un seguro que tratará de cubrir un riesgo semejante iría contra el orden público y contra la ley y por lo tanto sería nulo (587). No sucede lo mismo, en cambio, con el segundo supuesto, pues en él se da el caso de que el comercio que es lícito en un país está prohibido por las leyes de otro, lo que motiva una importante discrepancia doctrinal. Mientras que algunos autores opinan que se trata de una actividad ilícita, y por tanto inasegurable, por entender que su cobertura por un contrato de seguro atentaría contra el orden público internacional (588), otros autores mantienen sin embargo-

---

(587) PICARD-BESSON, Ob.cit., I, pag. 61. En cierto modo también GARRIGUES, El contrato...cit., pag. 162 nota 9.

(588) En este sentido POTHIER, Ob.cit., n° 58 (cit. por PICARD-BESSON, Traité...cit., I, pag. 61); LYON CAEN-RENAULT, Traité de Droit Commercial, VI, Paris 1896, pag 241, aunque no se refiere de modo expreso al contrabando sino a los conflictos de leyes sobre los riesgos inasegurables; ARNOULD, Ob.cit., II, pag. 958; RITTER, Ob.cit., I, pag. 26; BRUNETTI, Derecho marítimo privado italiano, III, 2, Barcelona 1951, pag. 449.



la posición contraria estimando que la prohibición legal no es obligatoria pues los tribunales del país en que se concertó el seguro, y por lo tanto no es posible que estos exijan responsabilidad por haberla infringido (589). Esta última -- postura nos parece rechazable en base a que atentaría contra la moral y el orden público internacional, pues realmente el seguro de las operaciones de contrabando es reprobado por la conciencia universal de los pueblos lo mismo que la esclavitud o el tráfico de drogas.

Tratando de superar estos puntos de vista contrapuestos se han alzado algunas voces conciliatorias que propugnan una distinción en base al interés que tutelan las le-

---

(589) En este sentido en la doctrina francesa: VALIN, Nouveau Commentaire...cit., lib. 3, tit. 6, art. 49; EMERIGON, Ob.cit., I, pag. 215. También la jurisprudencia francesa que en algunas sentencias que contemplaban casos de introducción de alcohol en los Estados Unidos de América durante la prohibición, declararon que tal actividad no era contraria al orden público ni al Derecho internacional (sentencia del tribunal de Aix de 2 de febrero de 1926) y otra del tribunal de Rouen de 30 de junio de 1925. En la moderna doctrina: PICARD-BESSON, Traité... cit., I, pag. 62. En nuestra doctrina anterior al Código vigente: GONZALEZ HUEBRA, Ob. cit., I, Madrid 1853, pag. 272; recientemente también BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 289.

yes extranjeras que se infringen; si éstas están fundadas en el respeto a la moral y al orden público, la actividad contraria a ellas será por consiguiente ilícita, pero no así, si el interés que se trata de proteger es un interés nacional concreto que no conlleva el respaldo de la moral o del orden público (así por ejemplo podremos distinguir con respecto al contrabando, el tráfico de armas o de drogas que encajaría en el primer supuesto, y el tráfico de cualquier otro producto que se prohíbe para proteger a los fabricantes de un determinado país). Por tanto siguiendo estas reglas será inasegurable la actividad de contrabando contraria a las leyes internas del país en que se concierta el seguro, o a las de un país extranjero, siempre que estas leyes prohiban el contrabando en base a unos principios de respeto al orden público aún cuando, el tráfico de las citadas mercancías sea lícito en el país del contrato. Por el contrario será válido el seguro del contrabando de mercancías cuya importación o tráfico se prohíbe en base a un interés particular de un estado (590).

Sin embargo, en nuestra opinión, la cuestión debatida del régimen del contrabando cuando se encuentra prohibi

---

(590) Vease con respecto al seguro marítimo: RIPERT, Droit Maritime, III, Paris 1953, pag. 408. También HOCHGRABER, L'assurance des risques de contrabande en droit allemand, Rev. international de droit des assurances maritimes, 1928, pag. 21 (cit. por RIPERT, Ob. y loc. cit.).

do en un país como tal, y no en aquel otro en el que se concierta el seguro, puede hallar una solución más simple a través de la aplicación de los preceptos sobre la reticencia. - En efecto, podemos pensar que si el asegurado no hace constar esta circunstancia al declarar el riesgo estará ocultando un dato que influirá de un modo esencial en el contrato pues, - de conocerlo el asegurador no habría concertado su seguro -- (591). De este modo si el asegurador no conocía la verdadera situación del riesgo, como por ejemplo en el caso de un porteador asegurado que normalmente se dedica al transporte de mercancías de lícito comercio y en determinados viajes transporta contrabando, se aplicarán los preceptos sobre la reticencia pues el asegurado ha ocultado de mala fe la verdadera naturaleza de las mercancías transportadas. A esta solución se podría llegar también en nuestro Derecho, de un lado por la aplicación de las reglas generales de la inasegurabilidad de los riesgos contrarios a la ley, a la moral y al orden público como sucedería en el caso de una mercancía considerada como contrabando en nuestro país, y de otro por la aplicación del art. 381 del Código de comercio que sanciona la mala fe de las partes al celebrarse el contrato, la inexacta declaración del asegurado que pueda influir en la estimación del -- riesgo y la omisión y ocultación de hechos que influirían en el contrato, al supuesto de contrabando con referencia a ---

---

(591) En este sentido: Van RYN - HEENEN, Ob. cit., IV, pag.- 16, nota 2.

otro país distinto de aquél en que se celebra el contrato - (592).

En el ámbito del seguro de vida hay que considerar también como supuestos de actividad ilícita el duelo y la condena a la pena capital contemplados en el art. 423 -- del Código de comercio, que, como expusimos anteriormente, no deben ser considerados como integrantes de una conducta de provocación dolosa del siniestro, pues no se da en ellos una intención o una voluntad del asegurado que busca directamente la realización del hecho dañoso. En ambos supuestos se contempla más bien una actividad del asegurado contraria a la ley, a la moral y al orden público, que lleva a la producción del siniestro, aún cuando la realización de éste no sea la meta que se persigue con la realización de la conducta ilícita. En el caso del duelo evidentemente se da una actividad ilícita, pues si bien no puede en la actualidad ser considerado como un delito, sin embargo no cabe duda de que la conducta del duelista es contraria a la moral y al orden público, aunque durante algún tiempo fuera una práctica socialmente admitida. La condena a muerte por un delito común es también un supuesto de actividad ilícita, pues al igual que en el caso anterior la muerte es una consecuencia de -- una actuación del sujeto que en ningún caso ha tenido intención de producirse la muerte, sobre todo cuando el resulta-

---

(592) BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 289.



do, aunque querido, no depende de él en su aplicación sino-que ha de lograrse a través de una condena judicial (593).

En opinión de algunos autores estas hipótesis se- podrían encuadrar más bien entre los supuestos de culpa del asegurado pues se exige a éste en el momento en que comete- el delito o en el que acepta el desafío la previsión de las consecuencias (594). Esta posición nos parece rechazable -- pues una previsión semejante es difícil que se de, máxime -- cuando en el segundo caso no puede hablarse de antemano de- la pena que se impondrá al criminal en el juicio. En nuestra opinión parece más acertado mantener que el asegurado se en encuentra en un estado de ilícitud del que se deriva la inase- gurabilidad. La misma razón que justifica la exclusión de -- estos riesgos hará que no sea admisible frente a ellos el -- pacto en contrario (595).

---

(593) Vid. SICOT-MARGEAT, Ob. cit., pag. 316; DONATI, Ob. - cit., II, pag. 143; SALANDRA, Ob. cit., pag. 424.

(594) En este sentido se manifiestan ALIMENA y LORDI argu-- mentando que en ambos casos se trata de culpa grave -- del asegurado pues son eventos previsibles por éste, -- (ALIMENA, Il delitto commesso dall'assicurato como -- causa di morte dell'assicurato stesso, en Ass. 1940, -- I, pag. 72 y 73. También LORDI, Instituzioni di dirit to commerciale, III, Padova 1943, pag. 147).

(595) Por lo que respecta a la muerte a consecuencia de una condena judicial podría pensarse que, al igual que su cedía en el supuesto de suicidio, un contrato que asu miera este riesgo no habría sido concertado con la fi nalidad de garantizar al asegurado las consecuencias--

Otro supuesto que plantea diversos problemas es el seguro de las multas. La cuestión debatida puede ser formulada en los siguientes términos: ¿es lícito concertar un seguro para cubrir la responsabilidad pecuniaria que se deriva de una actuación contraria a la ley?. Indudablemente en este caso no se trata de una actividad ilícita, sino de la posibilidad de cubrir sus consecuencias. La respuesta a esta pregunta nos sitúa en la necesidad de distinguir entre los diversos tipos de sanciones pecuniarias que se dan en nuestro ordenamiento. En primer lugar nos encontramos con las multas penales que son unas penas pecuniarias que se imponen a los autores de los delitos o faltas que se contienen en el Código penal. La asegurabilidad de una multa penal, es decir, aquella que viene impuesta como consecuencia de una conducta delictiva de una persona, debe ser negada, --- pues de un lado nos encontramos con que las consecuencias del dolo son inasegurables (596), y de otro con que la multa es una sanción impuesta al culpable y el orden público se opone terminantemente a que una pena pueda ser descargada en otra persona por lo que respecta a su cumplimiento, --- pues este hecho atentaría contra la propia esencia del Derecho penal, y contra la función y la finalidad que debe cumplir la pena que no es otra sino castigar al culpable (597).

---

(596) En este sentido PICARD-BESSON, Traité...cit., I, pag. 51; SALANDRA, Ob.cit., pag. 361; CARTON DE TOURNAI-Vander MEERSCH, Ob.cit., I, pag. 43.

(597) STEFANI, Ob.cit., pag. 217 a 220; HEMARD, Ob. cit., II, pag. 202; D'HOTEL, Risques inassurables, Lille -- 1937, pag. 47 a 56.

También se rompería con la efectividad que persigue la sanción penal, que desde luego se vería muy debilitada si pudiera una persona asegurarse contra las consecuencias de -- las infracciones. Al lado de estas conductas delictivas nos encontramos con otras que aunque son extrañas al Derecho penal dan también lugar a diversos tipos de sanciones pecuniaras impuestas por la Administración del Estado en base a -- la potestad sancionadora y disciplinaria que le es propia -- (598). Con respecto a este tipo de multas se plantea la mis

- 
- (598) La distinción entre delitos y contravenciones (infracciones administrativas) ha sido considerada tradicionalmente como cuestión de interés solo para el Derecho penal pues en realidad ambas son dos especies de la misma categoría. Tan solo la doctrina alemana considera fundamental la distinción para separar ambas -- ramas del Derecho pues las contravenciones no son delitos y no se encuadran en la esfera penal sino en -- otra distinta: la administrativa (ZANOBINI, Le sanzioni amministrative, Torino 1924, pag. 10. En nuestro -- Derecho vease CASTEJON, Faltas penales, gubernativas y administrativas, Madrid 1950, pag. 70; GARCIA OVIEDO, Las contravenciones de policia, R.G.L.J. 1926, -- pag. 602; GARRIDO FALLA, Los medios de policia y la -- teoría de las sanciones administrativas, Rev. de Administración pública 1959, pag. 34. Desde el punto de -- vista del Derecho Penal: CASABO, en CORDOBA-RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal, Barcelona 1972 pag. 78 y 55). El reconocimiento de la potestad sancionadora de la administración está fuera de toda duda, aunque se distinga con respecto a los instrumentos que aquella puede utilizar entre los medios que -- sirven para costreñir a una voluntad a cumplir lo ordenado y los medios represivos frente al incumplimiento que son los únicos que tienen un carácter similar al de las sanciones penales (GARRIDO FALLA, Ob. cit., pag. 12 y 13. Una distinción similar con respecto a --

ma cuestión que también habrá de ser resuelta en sentido negativo, pues si bien en la mayoría de los casos tienen és--tas un carácter no penal de reparación de los perjuicios causados, pensemos en las multas fiscales por ejemplo, lo cierto es que al lado de éste subsiste un carácter sancionador--que tiene como finalidad el reprimir la realización de con--ductas contrarias a las leyes, y que debe prevalecer sobre--el otro, pues la aplicación de las penas interesa de un mo--do fundamental al orden público, y además rige en esta materia también el principio de personalidad que hará que la --multa quede exclusivamente a cargo del asegurado (599). Fi--nalmente existen multas que tienen un carácter exclusivamente civil que podrán ser garantizadas por un seguro al no --serles oponibles los argumentos anteriores que determinan --la inasegurabilidad por ser contrarias al orden público --- (600).

Los efectos que produce la actividad ilícita del-

---

las multas administrativas en el Derecho fiscal puede verse en SAINZ DE BUJANDA, En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario, A.D.P. 1968, pag 103).

(599) STEFANI, Ob. cit., pag. 230; PICARD-BESSON, Ob. ult.-cit., pag. 53 y 54.

(600) MAZEAUD-TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, III, 2º, Buenos Aires 1963, pag. 167.



asegurado son similares a los del dolo en la provocación -- del siniestro. En primer lugar, y con respecto al contrato de seguro, éste será nulo si tiene como objeto la cobertura de los riesgos que de dicha actividad se derivan. Si el seguro, en segundo lugar, comprende diversos riesgos y el siniestro se produce con ocasión de una actividad ilícita del asegurado, el asegurador quedará liberado del pago de la indemnización (601).

---

(601) DONATI, Tratatto... cit., II, pag. 143; KISCH, Ob. cit. II, pag. 97; PICARD-BESSON, Traité... cit., I, pag. - 67; CARTON DE TOURNAI-Van der MEERSCH, Ob. cit., I, - pag. 43.

## CAPITULO V

### LA CULPA DEL ASEGURADO

Hasta una época relativamente reciente que podemos fijar a finales del siglo pasado se consideraba, como hemos visto, - que solamente eran asegurables aquellos riesgos que provenían de caso fortuito o de accidentes naturales, o que tenían su - origen en una culpa indirecta del asegurado, pero no, en cam - bio, aquellos que provenían del dolo o de la negligencia de és - te, pues la cobertura de éstos últimos sería indudablemente un incentivo para que los asegurados se comportaran negligentemen - te. Los primeros comentaristas de la Ordenanza francesa de la Marina y del Código de comercio frances afirmaban incluso que la responsabilidad civil derivada de la culpa era algo delic - tual, una especie de sanción de la conducta del asegurado, fren - te a la cual no cabía el seguro fundamentalmente por su carac - ter penal de reparación del daño (602). Poco a poco se va abrien - do camino, sin embargo, la posibilidad de asegurar el sinies - tro culposamente causado primero en la doctrina, y más tarde - en la jurisprudencia y en algunas legislaciones, siendo el se - guro de riesgo locativo y el de recurso de vecinos en los ca - sos de incendio, las primeras modalidades en las que se cubre la actuación negligente del asegurado (603).

---

602.- En este sentido se expresan con respecto al art. 27 de - la Ordenanza de la Marina: VALIN, Nouveau commentaire... cit, I, 3 tit. VI art. 27; POTHIER, Ob. cit., p. 116. Tam - bien puede verse en esta misma dirección a EMERIGON, que define la baratería como un crimen (Ob. cit., I, pag. 366) o a PARDESSUS que se refiere a las conductas culposas - siempre como a contravenciones o a actos contrarios a la Ley (Cours...cit., II, Paris 1.841, pag. 548).

603.- La evolución y desarrollo de estas modalidades de seguro  
./.

La vida moderna con el aumento de riesgos para las personas y las cosas derivado del empleo de las máquinas en la actividad industrial y del aumento y peligrosidad del tráfico rodado, que son origen de múltiples accidentes debidos a la imprudencia de las personas; y de otro lado, de la extensión de la responsabilidad civil a los eventos producidos por el ejercicio de determinadas profesiones, ha venido a mostrar la necesidad de una cobertura del riesgo de culpa del asegurado, y a desarrollar nuevas ramas del seguro, como el seguro de responsabilidad civil, que tiene precisamente como objeto este tipo de riesgos. Por otra parte, el hecho de que la responsabilidad que se deriva de un contrato de seguro pueda extenderse por acuerdo de las partes, de modo que éstas pueden acordar la inclusión de determinados riesgos entre los garantizados por el contrato (604), junto con el hecho de que la responsabilidad penal y la civil, incluso la derivada de un delito, están perfectamente diferenciadas, nos lleva a concluir que la ampliación de la garantía del seguro hasta abarcar la culpa del asegurado es perfectamente legítima.

---

./ de incendios pueden verse en : VIVANTE, Trattato... cit, IV, Milano, 1.935, pags. 347 y 348; BEAUDONNAT, Ob.cit., pag. 65 y ss.

604.- VIVANTE, Il contratto... cit, I, pag.202.



Las soluciones que proporciona el Derecho comparado en materia de seguro de la culpa son muy variadas, a diferencia, en cambio, de lo que sucedía con el dolo que resultaba excluido - por todas las legislaciones. Así por ejemplo, en el Derecho - francés, la culpa del asegurado aparece cubierta por el contratato con independencia de su grado de gravedad (605), mientras - que en otros ordenamientos, entre los que podemos citar el italiano, el alemán y el belga, se excluyen los siniestros causados por la culpa grave del asegurado, aunque generalmente se - admita el pacto en contrario (606). En el Derecho suizo se ha llegado a una solución original consistente en la reducción de la indemnización que el asegurador debe pagar según el grado - de culpa (607).

---

605).- En el Derecho francés se pone a cargo del asegurador cualquier tipo de culpa del asegurado incluida la culpa leve con la única excepción de la culpa intencional que se - identifica con el dolo (art. 12 de la Ley de 1.930).

606).- En Alemania el asegurador se exonera de su obligación - al pago de la prestación si el siniestro ocurre por dolo o culpa grave del asegurado (art. 61 de la V.V.G.) a excepción del seguro de responsabilidad en el que este último tipo de culpa aparece cubierto (art. 152). La misma regla se aplica en el Derecho italiano que considera como riesgos excluidos el dolo y la culpa grave del asegurado (art. 1.900 del C. civ.) a excepción del seguro - de responsabilidad en el que solo el dolo resulta excluido (art. 1.917). En la Ley belga también aparece liberado el asegurador en los casos de hecho o culpa grave del asegurado (art. 16)

607.- En el Derecho suizo, si el asegurado causa el siniestro

Como se puede advertir facilmente de lo expuesto, la culpa leve aparece en todos los casos garantizada por el contrato de seguro en los ordenamientos más representativos, pero, en cambio, las soluciones legales difieren por lo que se refiere al tratamiento que ha de darse a la culpa grave. Así pues, las cuestiones fundamentales que habrá que abordar en el estudio de la culpa del asegurado serán las siguientes: en primer lugar, la regulación legal de la culpa en el Derecho del seguro; en segundo lugar, el concepto de culpa y los diversos grados de ésta; finalmente, la licitud del seguro del siniestro causado por la culpa grave del asegurado.

### 1.- Concepto de culpa y requisitos del evento culposo.

Al igual que nos sucedía al estudiar el dolo, la primera dificultad con la que nos encontramos al tratar el tema de la culpa, es la falta de una noción única aplicable a las distintas ramas del Derecho. Los intentos en favor de un concepto general no han pasado de un plano especulativo sin aplicación práctica. Por esto el abismo que separa las distintas concepciones de la culpa se ha ido haciendo cada vez más profundo, tanto por la especialización cada vez mayor que van alcanzando las diferentes disciplinas jurídicas, como por la división de jurisdicciones que ha dado origen a una dispar jurisprudencia (603). Pero la cuestión del concepto de culpa aparece aun más

---

603.- PIROVANO, Faute civil et faute penale, Paris 1966, pag.177

complicada en el Derecho del seguro el no contenerse en éste - ninguna definición, por lo que habremos de acudir en demanda - de una respuesta al Derecho civil en cuanto Derecho común para todas las ramas del Derecho privado.

La culpa es un estado de animo reprobable en relación con un determinado daño, pues ante todo se trata de un estado diferente de aquél que es normal en los demás individuos y que consiste en el cuidado de evitar los efectos dañosos (609). Se discute, sin embargo, si esta reprochabilidad que sirve de base a la culpa ha de ser eminentemente jurídica. La opinión mayoritaria de la doctrina así lo afirma y por ello puede decirse que reconduce la noción de culpa a la antijuridicidad; la reprochabilidad de la que hablamos se identifica con un acto contrario a derecho (610).

---

609.- De CUPIS, Il danno, I, Milano, 1.966, pág.116

610.- En el derecho tradicional la culpa siempre ha estado estrechamente vinculada al concepto de "iniuria", por ello no es concebible hablar de culpa fuera del marco de la antijuridicidad. Al margen de este ámbito concreto la imputación de un daño a un sujeto podrá recibir diversas denominaciones pero no la de culpa (Von TUHR, Der Allgemeine...cit., II, 2, pág. 481. ENNECCERUS, Ob.cit., I, 2, pág. 434; CHIRONI, La culpa en el Derecho civil moderno, I, Madrid, 1.928, pág. 41.

En la doctrina civil se emplea el término culpa en dos acepciones diferentes: en un sentido amplio que comprende todas las actuaciones de un sujeto en las que haya intervenido de cualquier modo la voluntad de éste, ya se trate de una actuación simplemente negligente o imprudente; en este sentido se dice que hay culpa siempre que estemos en presencia de una acción u omisión imputable a una persona y lesiva para el derecho de otra. Al lado de esta significación la culpa se emplea también en un sentido estricto, según el cual la culpa se opone al dolo y comprende solamente la conducta negligente de un sujeto. A esta significación es a la que hemos de referirnos ahora.

La culpa en sentido estricto ha de ser definida fundamentalmente por contraposición al dolo, pues es un grado menor de reprochabilidad. Ambos conceptos tienen en común la exigencia de una voluntariedad, pero mientras en el dolo lo que prevalece es la intención, la culpa se caracteriza por la negligencia. Sin embargo, el elemento fundamental para lograr una definición de la culpa será la ausencia de una previsión del daño. Esta definición no tiene en cuenta la existencia de una culpa con previsión del resultado, en la que el sujeto se representa el daño como efectivo aun cuando el resultado no sea querido por él. Así pues la ausencia de previsión no basta por si sola para configurar el concepto de culpa, porque la mera existencia de previsión no nos puede llevar a encuadrar una conducta invo



luntaria dentro del ámbito del dolo. Junto a la nota de la previsión habrá que añadir la de la no intencionalidad. La culpa podrá pues definirse como la acción de un sujeto que no ha previsto las consecuencias de un acto, o que habiéndolas previsto no ha actuado del modo que hubiera sido necesario para evitarlas (611).

En el Derecho español el Código civil define la culpa como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1104) (612).

---

611.- En este sentido De CUPIS, Ob. cit., I, pag 119. Considerando que la previsibilidad es la única nota distintiva de la culpa, un sector de la doctrina ha definido la culpa como un error de conducta, una actuación anormal del sujeto que no habría sido cometida por una persona prudente que se encontrara en las mismas condiciones que el autor del daño (MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I. nº439; JAUFRETT, La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobiles, Paris, 1.965, pag.70. Esta idea sin embargo es discutible pues introduce junto a la falta de previsión un nuevo elemento como el de la normalidad en la actuación, que no está incluido en aquella (En este sentido SANTOS BRIZ, Ob. cit., pag. 41)

612.- Aunque el precepto se encuentra situado en el capítulo dedicado a la naturaleza y efectos de las obligaciones el concepto de culpa en él contenido es de aplicación también a otras relaciones jurídicas, como por ejemplo al arrendamiento en el art. 1563 del Código civil, o a la sociedad en el art. 1.686, o a los supuestos de responsabilidad civil del art. 1.902 (TRAVIESAS, La culpa ...cit., pag. 278; CASTAN, Ob. cit., I, 2, Madrid, 1963 - pag.610). La jurisprudencia civil, si bien en un primer momento se inclina por la consideración de tres modalidades de culpa: contractual, extracontractual, y procedente de actos delictivos, como independientes entre si

Se trata pues de una conducta voluntaria del sujeto sin la cual se habría evitado un resultado previsible, pues el resultado producido aunque no es querido por la voluntad se produce por un hecho voluntario. La doctrina civil, que de un modo general acepta esta definición legal, se muestra dividida, en cambio, con respecto al tema de cuál debe ser la característica esencial de la noción de culpa, pues mientras algunos autores reconocen como idea central de la culpa la previsibilidad, otros sostienen que es la idea de la intencionalidad la que debe presidir el concepto. Los autores que acuden a esta idea de la intencionalidad estiman que lo primordial de ésta, consiste, en el supuesto de la culpa, en que el resultado no es querido por la voluntad; no hay en la culpa intención de causar un daño y por consiguiente al no haber voluntad no puede haber previsión, aunque el resultado se produzca por un descuido voluntario. (613).

- 
- ./.. (Sentencia de 12 de marzo de 1.934), al advertir que pese a actuar en campos distintos, la noción de culpa, es la misma en todos ellos, cambiará su posición y mantendrá que las disposiciones del Código civil relativas a la culpa contractual son también aplicables a las otras modalidades (Sentencias de 24 de marzo de 1.952, de 23 de diciembre de 1.952 y de 18 de junio de 1.962. En contra la sentencia de 22 de marzo de 1.962 que al afirmar la naturaleza contradictoria de ambas no permite la extensión del concepto). Es decir, que no existe una gran diferencia entre las distintas culpas pues todas ellas responden a un principio común de derecho y a una misma finalidad reparadora (Sentencia de 24 de marzo de 1.952) de modo que la noción del art. 1104 del C.C. podrá ser mantenida con carácter general para toda clase de culpas.

613.- TRAVIESAS, Ob.cit. pag. 278; ESPIN, Manual de Derecho Civil Español, III, Madrid, 1.970, pag. 197.

la posición contraria destaca como fundamental la previsión -- del resultado, de modo que el elemento esencial de la culpa se es la representación que el sujeto se hace de las consecuencias que su actuación puede producir. La culpa, según esto, consistirá en una actuación del sujeto cuando hubo una posibilidad -- de previsión (el que actúa pudo y debió prever el resultado) -- (614).

La jurisprudencia, que ha seguido también la pauta marcada por el Código civil en cuanto a la definición de la culpa -- (615), se adhiere a la idea de la previsibilidad como elemento central de la noción de culpa, pues se trata de un antecedente lógico e indispensable para que pueda hablarse de evitabilidad de un resultado lesivo (616)

614.- CASTAN, Ob.cit., III, ed. 1958, pag. 155; BONET RAMON, -- Compendio de Derecho Civil, I, Madrid, 1.959, pag. 743 -- GULLON, Curso de Derecho civil. Contratos en Especial. -- Madrid 1.968, pag. 477; PUIG PENA, Culpa civil, en Nueva Enciclopedia Jurídica, VI, Barcelona 1.954, pag. 107; SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, Madrid 1.970, pag. 40.

615.- En efecto, en la jurisprudencia se ha definido la culpa como "la omisión del cuidado que se debe poner en los negocios" (sentencia de 4 de julio de 1925).

616.- La idea de la previsibilidad es una constante que se mantiene en nuestra doctrina jurisprudencial como puede verse por ejemplo en la sentencia de 11 de enero de 1.928 -- que define la culpa como "La infracción de la Ley cometida libremente y sin malicia, por alguna causa que se pueda y deba evitar" o en la más reciente de 9 de abril de 1963 que afirma que "tanto si la culpa es consciente como si es inconsciente, el resultado ha tenido que ser -- previsto, o ha de ser previsto; esta previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo".

En conclusión podemos afirmar que la culpa es aquella conducta en la que el sujeto pese a prever las consecuencias obra sin la debida diligencia pensando que no habrán de producirse.- Esta definición encuentra especial aplicación en el Derecho del seguro, aunque se da la circunstancia en este campo de que la mayoría de los autores dan por sabida la noción de culpa en general y solo prestan atención al concepto de culpa grave, que es el concepto clave que determina el límite de la cobertura de los riesgos debidos a la actividad humana por el contrato de seguro (617).

Como dentro de la culpa puede darse una gama muy amplia de grados de negligencia la doctrina ha creído conveniente el establecer determinados criterios que sirvan para establecer la diligencia que concurre en cada caso y la responsabilidad subsiguiente del que actuó culpablemente. Los interpretes del Derecho romano establecían a este respecto cuatro categorías de culpa:

---

617.- Vid. en nuestra doctrina, en general, GARRIGUES, El contrato...cit., pag. 182; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Tratado... CIT/ II, pag. 23. En el Derecho comparado la doctrina acepta también de un modo general una noción similar de culpa tomada del Derecho civil (Vid. EHRENZWEIG, Ob. cit., pag. 266; BRUCK, Das Privat...cit., pag. 659; KOENIG, Ob. cit. - pag. 254; DONATI, Trattato...cit, II, pag. 154. Lo mismo puede decirse del Derecho inglés aunque en éste toman el concepto de culpa del Derecho penal. Vid. Mac GILLIBRAY-BROWNE, Ob. cit., pag. 847. En la doctrina francesa prevalece, en cambio el criterio de la intencionalidad y la culpa será definida como la infracción en la que el asegurado quiere la acción y no las consecuencias y además no tiene intención de dañar. Vid. PICARD-BESSON, Les assurances...cit., I, pag. 107).



la culpa grave que consiste en la infracción especialmente grave del cuidado exigido en el tráfico; la culpa leve, que se da cuando se omite la diligencia normalmente exigible, a su vez ésta se subdivide en culpa leve en abstracto que consiste en no emplear la diligencia que debiera emplear un hombre cuidadoso - como el padre de familia o el honrado comerciante, y culpa leve en concreto que toma como medida de la diligencia exigible la - que el propio sujeto utiliza en sus negocios; finalmente la culpa levisima que es la omisión del cuidado que ponen en sus negocios las personas especialmente cuidadosas (618). Sin embargo - la moderna doctrina ha reaccionado contra esta concepción considerando que la gradación de la culpa es materia que debe quedar relegada a la libre apreciación de los tribunales. (619).

---

618.- La gradación de la culpa según la más autorizada doctrina civil tiene su origen en el Derecho justiniano (En este sentido CASTAN, Ob. cit. III, ed. 58, pag 155; ESPIN, Ob. cit. III, pag. 199; TRAVIESAS, La culpa...cit., pag. 290 En efecto en la compilación de Justiniano se ofrece un - sistema de responsabilidad articulado en varios grados; "culpa lata" que consiste en "non intellegere quod omnes intellegunt" (Digesto, 50, 16, 213, 2); "culpa levis" que se define como la omisión de la diligencia del "bonus paterfamilias"; y "culpa levissima" consistente en la falta de cuidado de la persona muy diligente. (Vid. SOHMITEISWENGER, Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrecht, München-Leipzig, 1.923, pag. 378. En contra del criterio tripartito se manifiesta PETIT que considera a la culpa levisima como fruto de las interpolaciones - (Tratado elemental de Derecho romano, Madrid, 1.926, pag. 469 y ss.). Sobre el tema de la culpa en general puede verse IGLESIAS, Derecho romano, Barcelona, 1.958, pag. 439 y ss.)

619.- En este sentido CASTAN, Ob.cit., III, ed. 58, pags. 155 y ./.

Nuestro Código civil no sigue el sistema de la división de la culpa en grados, sino que adopta un sistema más elástico que cifra la culpa en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponde a las personas y a las - circunstancias del hecho, como se desprende del art. 1104 del - propio Código (620). El artículo citado en su párrafo segundo - sin embargo establece que en el caso en que no se exprese en la obligación la diligencia que habrá de prestarse en el cumplimiento se exigirá la que corresponde a un buen padre de familia. De lo expuesto se deduce, en primer lugar, que la culpa contractual puede ser graduada por las partes al poder señalar éstas entre sus estipulaciones el grado de diligencia que será exigible; es lo que se ha venido llamando culpa en concreto. De otro lado se deduce también del precepto que si en el contrato no se dice nada se estará a la diligencia media que viene representada en el Código civil por la conducta normal del padre de familia; ésta será la culpa en abstracto.

---

./ 156; De DIEGO, Instituciones de Derecho civil español, Madrid, 1927-1932, II, pag. 25; PEREZ GONZALEZ-ALGUER, Ob. cit., II, 1, pag. 230. En contra ALBALADEJO que afirma que es erróneo suponer que la apreciación de la culpa se deja al libre arbitrio de los Tribunales. Lo que verdaderamente se establece en el Código civil es la atribución de un margen de actuación pero ello no quiere decir que el Tribunal pueda utilizar el criterio que prefiera, sino el que el legislador le señala en el art. 1104 (Ob.cit., II, 1, - pag. 118)

620.- PEREZ GONZALEZ-ALGUER, Ob. cit., II, 1. pag. 230 y ss.

El art. 1103 del Código civil, por otra parte, permite a los tribunales moderar la responsabilidad proveniente de culpa según los casos. De acuerdo con el sentido del precepto la moderación deberá hacerse atendiendo a la mayor o menor culpa del sujeto, según se deduzca de los hechos, o lo que es lo mismo, según se infiera de éstos que actuó con o sin la debida diligencia. En definitiva en el Derecho español se estableció como criterio para la apreciación de la culpa el de la diligencia media que debería emplear una persona normalmente cuidadosa (621).

Pasando ya al terreno del seguro, en el tema de la provocación culpable del siniestro no es suficiente, sin embargo, con la determinación de la noción de culpa. Efectivamente la presencia de una culpa o negligencia en la actuación del asegurado es uno de los requisitos esenciales del supuesto de siniestro provocado pero no es el único. Al igual que exponíamos en el caso

---

621.- Véase en general CASTAN, Ob. ult. cit., III, pag. 157. Este criterio ha sido seguido también por la jurisprudencia que ha aceptado el criterio de la previsibilidad media que se determina "según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso" (sentencias de 9 de enero de 1963 y de 25 de enero de 1965). También el Código de comercio ha seguido esta dirección como puede verse en los arts. 248 párrafo 2º y 306 párrafo 2º; sin embargo, y a modo de excepción en el párrafo 2º del art. 255 se establece el criterio de la culpa en concreto como medida de la diligencia del sujeto, es decir, que el comisionista en este caso, deberá obrar con el mismo cuidado y precaución con que actúa en sus propios negocios.

de una conducta dolosa, son precisos otros dos elementos para - determinar la existencia de una provocación: La imputabilidad - de la conducta negligente a un asegurado y la existencia de un vínculo causal que relacione la culpa con el evento que produce el daño.

En primer lugar, decíamos que se exige una actuación negligente por parte del asegurado. La culpa podrá provenir tanto de un hecho positivo como de una omisión, es decir, se dará la culpa cuando el asegurado pudiendo y debiendo actuar no lo hace - por descuido o por imprudencia. El comportamiento del asegurado no será considerado como culpable si su actuación se produce - por motivos de legítima defensa, por un deber de humanidad o - por defender un interés común con el asegurador, en los mismos términos que eran aplicables al dolo y que examinamos en el capítulo anterior.

En segundo lugar, la culpa debe provenir de una actuación del asegurado. En este sentido se expresa también el art. 396 - del Código de comercio que separa claramente la negligencia propia del asegurado frente a la malquerencia de extraños y a la - negligencia de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente. Ahora bien, del mismo modo que sucedía con el - dolo, el Código emplea el término "asegurado" en un sentido no técnico; en lugar de emplear la expresión más amplia de interesado en el contrato, por lo cual habremos de considerar que ba-



jo la expresión del Código de comercio deben ser incluidos también el contratante y el beneficiario (622). Será de aplicación también aquí todas las cuestiones que hemos estudiado, tanto en general como al tratar del dolo, en relación con las personas jurídicas o frente al supuesto de varios interesados en el contrato de seguro.

Finalmente la conducta negligente del asegurado deberá ser la causa del siniestro. La necesidad de la existencia de un nexo causal que ligue la conducta del asegurado con el daño producido es evidente, pues una actuación negligente del asegurado que no tenga relación con el siniestro que se ha producido es irrelevante para el contrato de seguro. La determinación del criterio a seguir para la apreciación de la existencia de un nexo causal no presenta en este punto diferentes problemas de los ya abordados con carácter general o al tratar del dolo y por eso hacemos también aquí una remisión a lo que anteriormente se ha dicho.

---

622.- BRUCK, Das Privat... cit., pag. 650; DONATI, Ob.cit., II, pag. 155; OLIVENCIA, Ob. cit., pag. 293; En general con respecto a la terminología del Código de comercio vid. - GARRIGUES, El contrato... cit., pag. 90 y ss. y nota 35.

## 2.- Regulación legal del seguro de la culpa en el Derecho Español

Hasta la publicación del Código de comercio vigente la cobertura del seguro en nuestro ordenamiento no se extendía más allá del caso fortuito. Si el asegurado causaba el siniestro por malicia o negligencia cesaba la responsabilidad del asegurador pues, como dice la doctrina anterior al Código, sería injusto - que se pudiera intentar una reclamación contra aquél cuando precisamente fue el propio reclamante quien había dado lugar a ella (623). La posición de la doctrina se mostraba así conforme con la normativa del Código de comercio de 1.829 que, como es sabido, solo regulaba el seguro marítimo, modalidad en la que solo eran asegurables los riesgos procedentes de accidentes naturales.

La aparición del Código vigente supuso una ruptura frente

---

623.- En este sentido GONZALEZ HUEBRA, Ob. cit., II, pag. 273; MARTI de EIXALA quien afirma que no puede llamarse accidente fortuito a aquello de lo que es causa una parte - Ob. cit., pag. 398. Comparte también esta opinión GOMEZ DE LA SERNA y REUS, que afirman que no puede pactarse con el asegurador, pues esto se opondría a los principios de moralidad porque daría ocasión a delitos y fraudes (Código de comercio anotado y concordado, I, Madrid, 1.878, pag. 357).

a esta concepción tradicional, pues siguiendo las orientaciones de la más moderna doctrina, admitió la validez del seguro de la culpa, al menos de un modo explícito en el seguro de incendios (624). Aunque no creemos necesario volver sobre el tema, no estará de más indicar que fue precisamente en este ramo del seguro, el de incendios donde surgieron los primeros seguros de la culpa (de riesgo locativo y de recurso de vecinos) que, sin embargo, no son contemplados por nuestro Código.

Entre los preceptos del Código destaca ante todo en materia de provocación del siniestro, como ya hemos visto, el art. 396 que en su párrafo primero establece la obligación del asegurador a indemnizar el siniestro cuando el incendio se produce por la culpa o negligencia del propio asegurado. En este artículo se admite pues claramente la posibilidad de que un asegurado pueda concertar un contrato de seguro que le garantice frente a su propia negligencia en el manejo de los objetos sobre los que recae el riesgo.

---

624.- El Código de comercio emplea el término negligencia que, como es sabido, es sinónimo del de culpa. (art. 306 333, 396 y 144). En algún artículo aislado se refiere a la imprudencia (art. 424, nº 3) que también debe considerarse como equivalente a los anteriores. A los efectos de este trabajo, el principal artículo en el que se aborda el tema es el art. 396 relativo al seguro contra incendios, en el que aparece clara la equiparación de los conceptos de culpa y negligencia, pues esta aparece contrapuesta a la noción de delito o dolo, de un lado, y al de caso fortuito de otro, lo que corrobora de modo inequívoco su naturaleza.

A la vista del mencionado precepto será necesario preguntarse - si es ésta una regla general aplicable a todos los ramos del seguro o mas bien supone este artículo una excepción frente a un sistema de determinación causal de los riesgos que comprende solamente a aquellos debidos al caso fortuito o a los accidentes naturales. La cuestión habrá de resolverse acudiendo a una in-terpretación sistemática de los distintos preceptos legales que regulan el contrato de seguro en nuestro ordenamiento.

Una interpretación sistemática de los preceptos del Código de comercio nos llevaría a la conclusión de que solo es posible asegurar los siniestros producidos por accidentes naturales, o lo que es lo mismo, que el asegurador solo responderá frente al asegurado del caso fortuito y nunca de los siniestros causados por el hecho de éste, sea doloso o culposo. Esta conclusión se funda, de un lado en la definición legal del contrato de seguro contenida en nuestro ordenamiento, y de otro en el exámen del - art. 438 del Código de comercio que se refiere a la posibilidad de concertar seguros en otros ramos distintos a los regulados - en el Código.

El Código de comercio no contiene una definición del seguro y en el art. 380, primero de los que dedica a la regulación del seguro terrestre, solamente indica cuándo tendrá este contrato carácter mercantil. Siguiendo sin embargo la via que nos señalan los articulos 2 y 50 de este texto legal habrá que acudir al Código civil para tratar de suplir la deficiencia del Código de -



comercio. En el Código civil encontramos un precepto, el art. - 1791, en el que se define el seguro como aquel contrato "por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes inmuebles o muebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes". Si admitimos como válida esta definición tanto para el seguro civil como para el seguro mercantil habremos de concluir que solo tendrán la consideración de riesgos asegurables aquellos que derivan de hechos naturales y que por tanto quedarán al margen de - la garantía del seguro todos los siniestros provocados por ac-tos humanos. Esta interpretación tropieza en nuestro Código de comercio con dos obstáculos fundamentales: en primer lugar con los preceptos dedicados a la regulación de los riesgos cubier - tos en los seguros de daños, y en segundo lugar con la normati - va de los seguros de vida.

La definición del Código civil era ya notoriamente incom - pleta en el momento de la publicación de éste pues solo se refie - re al seguro de cosas, bienes muebles o inmuebles y deja a un - lado los seguros de personas, cuya licitud, discutida durante - largo tiempo estaba ya claramente ~~re~~conocida en el Código de - comercio ( arts. 416 a 431 ). Pero aunque la definición no pue - da considerarse general, será válida, sin lugar a dudas, para - los seguros de daños (625).

---

625.- En este sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina -

El hecho de no contemplar esta definición el seguro de vida, no lleva, sin embargo, necesariamente a la conclusión de - que en esta modalidad de seguro puedan ser asegurados otros riesgos que no provengan de un evento fortuito, pues, como ya hemos indicado, en primer lugar el Código de Comercio prohíbe el seguro de los siniestros voluntariamente causados por el asegurado (art. 423), y en segundo lugar, libera de responsabilidad al segurador cuando el siniestro ocurre" en cualquier empresa o hecho extraordinario y notoriamente temerario e imprudente". (art. 424 nº 3). El seguro de vida no supone por consiguiente una excepción a la regla general según la cual los riesgos asegurables se determinan atendiendo al principio de la casualidad.

Lo mismo sucede con las demás modalidades de seguro no reguladas expresamente en el Código de comercio, las cuales se rigen por el art. 438 a cuyo tenor: "podrán ser asimismo objeto - del contrato de seguro mercantil cualquier otra clase de riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales y - los pactos que se consignen deberán cumplirse, siempre que sean lícitos y esten conformes con las prescripciones de la sección primera de este título". De este precepto se deduce claramente el mismo principio que se contiene en la definición del seguro del Código civil.

Dentro de la modalidad de los seguros de daños regulados - en el Código de comercio encontramos dos preceptos relativos a

la determinación de los riesgos asegurables que se refieren al seguro de incendios y al seguro de transportes terrestres, únicos ramos que han sido recogidos en aquél cuerpo legal. En el seguro de transporte el art. 435 señala que el "contrato de seguro de transportes comprenderá todo género de riesgos, sea cualquiera la causa que los origine; pero el asegurador no responderá de los deterioros originados por el vicio propio de la cosa o por el transcurso natural del tiempo, salvo pacto en contrario". En principio el precepto al admitir la cobertura de una universalidad de riesgos parece que habría de garantizar también los siniestros debidos a la culpa del asegurado; sin embargo el hecho de que sea aplicable a los seguros de daños la definición del Código civil condiciona la interpretación del art. 435 en el sentido de que la referencia a toda clase o género de riesgos ha de ser entendida de acuerdo con aquella, como relativa tan solo a los eventos procedentes del caso fortuito o de los accidentes naturales. Esta interpretación puede venir también avalada por la referencia a los preceptos que regulan en nuestro Código el seguro marítimo, el cual, como es sabido, descansa sobre el principio de la universalidad del riesgo, o lo que es lo mismo no cubre tan solo un determinado número de riesgos sino que su garantía se extiende a cualquier evento dañoso que pueda amenazar el interés del asegurado. Pese a esta amplitud en cuanto a la determinación de los riesgos asegurables, la responsabilidad del asegurador tan solo alcanzará según se desprende de la lectura de los artículos 755 y 756 del Código de comer

cio, a los riesgos fortuitos o casuales, bien se deriven éstos de la acción de los elementos naturales, bien se deban al hecho de terceras personas al contrato de seguro, pues en el primero de estos artículos en el que se contemplan los riesgos que el -asegurador asume, se enumeran una larga serie de supuestos dañosos que se producen todos ellos ellos sin intervención alguna -del asegurado, (temporal, naufragio, abordaje fortuito etc...), mientras que en el segundo se incluyen entre los riesgos excluidos diversos supuestos de eventos causados por la voluntad del asegurado o de las personas a su servicio (cambio de ruta, prolongación de viaje, baratería, etc...) (626).

En el seguro de incendios, como ya hemos indicado, por imperativo del art. 396 párrafo primero, el asegurador deberá garantizar al asegurado de los efectos del incendio, bien se origine de caso fortuito, de malquerencia de extraños o de negligencia propia. Se admite pues sin lugar a dudas la asegurabilidad del riesgo de culpa del asegurado. Este precepto que rompa por completo el sistema del Código de comercio en materia de determinación de los riesgos asegurables, habrá de ser entendido como una excepción a la regla general si queremos lograr una interpretación congruente en la línea indicada, aunque no aparezca muy claro el sentido de esta excepción dentro de los seguros de daños.

---

626.- Vid. en general URÍA, El seguro cit., pags. 100 y ss.



De lo expuesto podría deducirse que solo los riesgos derivados de accidentes naturales o de caso fortuito podrán ser garantizados por el contrato de seguro, con la única excepción del seguro de incendios en el que se prevé expresamente la cobertura de la culpa del asegurador. Mas esta interpretación puede rechazarse con diversos argumentos. En primer lugar no siempre es procedente acudir a las normas del Derecho común para llenar las lagunas que se produzcan en la regulación del Código de comercio, pues al ser el Derecho mercantil un derecho especial que nace con unas características propias frente al Derecho civil, no podrán aplicarse en muchos casos los principios sentados por éste. Tampoco es oportuno el remitirse a la definición del Código civil cuando resulta que, lejos de solucionar el problema de la ausencia de una noción mercantil del seguro, la definición que en aquél se contiene no solo es incompleta sino, también anticuada, pues como ha señalado la doctrina mercantil más próxima a la aparición del Código de comercio, no comprende las diversas modalidades de seguro ni tampoco los distintos tipos de riesgos que se consideraban asegurables en aquel momento, por lo que no procede su aplicación ni aún en el ámbito de los seguros de daños (627).

---

627.- Así por ejemplo ESTASEN critica la definición civil y la tacha de incompleta pues no incluye el seguro de vida (Los seguros, Barcelona, 1.906, pag. 11); RODRIGUEZ ALTUNAGA, - amplía la definición incluyendo junto al caso fortuito el dolo de tercero y la culpa propia (Ob. cit. pag. 625); Finalmente ALVAREZ del MANZANO-BONILLA-MINANA, afirman que no puede suplirse la falta de una definición acudiendo al

Una vez rechazada la aplicación de ésta definición en el - campo del seguro mercantil conviene entrar en el examen de los preceptos del Código que regulan el contrato de seguro para tratar de comprobar si efectivamente la interpretación sistemática de los mismos nos lleva a determinar la inasegurabilidad del evento debido a la culpa del asegurado. En el Código de comercio no aparece fijado en principio, ningún limite a la asegurabilidad de los riesgos procedentes de hechos humanos. En cambio en el - art. 385 del Código se contiene un principio general aplicable a todos los ramos del seguro que determina que "el contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento y en su defecto, por las reglas contenidas en este título". Según lo preceptuado en este artículo son las partes quienes en definitiva determinan los riesgos asegurables y los excluidos del contrato de seguro, de modo que la validez - del seguro que cubra el siniestro causado por la culpa del asegurado tan solo dependerá de la licitud de este tipo de seguro. El problema de la licitud de este seguro será estudiado en el - apartado siguiente.

La admisión por el Código de comercio de la cobertura del

---

./.. Derecho común según los artículos 2 y 50 del Código de - comercio pues la definición del Código civil no es lo - bastante amplia para comprender el seguro en todas sus - formas (Tratado...cit. II, pag. 361).

sinistro causado por la conducta negligente del asegurado se -  
confirma a través del examen de las distintas modalidades de se  
guro reguladas en él. En el seguro de incendios se contiene ex-  
presamente la norma que determina la responsabilidad del asegu-  
rador frente al siniestro causado por la conducta negligente del  
asegurado (art. 396 apdo. 1º). El precepto es claro en cuanto -  
que rechaza de un modo categorico la limitación de los riesgos  
asegurables tan solo a los casos fortuitos, pues junto a la co-  
bertura de éstos admite también la garantía de los siniestros -  
causados por el propio asegurado, por las personas por las que  
este debe responder civilmente y por los terceros extraños a la  
relación de seguro. En el seguro de vida se admite el pacto en  
contrario que deroga la exclusión del riesgo de muerte ocurrido  
en una empresa notoriamente temeraria o imprudente. (art. 424).  
Lo mismo sucede en el seguro marítimo en el que si bien en prin-  
cipio se excluten de la garantía del seguro los siniestros vo -  
luntariamente causados por el asegurado, se admite su cobertura  
mediante un pacto expreso (art. 756 nº 5 y 7 en los que se tra-  
ta del riesgo de baratería).

Siguiendo esta interpretación, una vez admitido que el Có-  
digo de comercio reconoce la posibilidad de que el asegurado con-  
cierte un seguro que le garantice frente a su propia negligén-  
cia, habrá que pensar que el art. 435, que se refiere al seguro  
de transportes terrestres, cuando permite la cobertura de cual-  
quier género de riesgos con independencia de la culpa que los -  
origine, admite también los provocados por la culpa del asegura  
do.

Así pues, de un lado el principio fundamental que consagra la libertad contractual y la no imperatividad de los preceptos del Código siempre y cuando los pactos que se concierten sean lícitos, y de otro el hecho de que expresamente se admita la cobertura del seguro de la culpa en todas las modalidades de seguro recogidas en el Código de comercio, que además son las principales ramas del seguro que se conocen en aquella época, nos llevan a pensar la posibilidad de que el legislador hubiera tratado de introducir en nuestro país las modernas doctrinas que comenzaban a admitir el seguro de la culpa (628). Esta argumentación no resulta contradicha por lo preceptuado en el art. 438 del Código de comercio, único obstáculo que encontramos en nuestro ordenamiento para poder formular con carácter general el principio de la cobertura de la culpa del asegurado. El art. 438 fija un límite a la asegurabilidad de los riesgos que pueden ser garantizados por un contrato de seguro distinto de los regulados en el Código. Según se señala en este precepto solo podrán ser objeto del contrato de seguro los riesgos que provengan de casos fortuitos o de accidentes naturales. La limitación que en este

---

628.- En esa fecha se admitía ya el seguro de riesgo locativo y el de recurso de vecinos no solo por la casi totalidad de la doctrina sino incluso por algunas legislaciones como el Código de comercio italiano, (art. 445) o la Ley belga de 1.874 (art. 34 y 37) (Vid. en este sentido ALAUZET, *Ob. cit.* II, pag. 356 y ss.; TOULLIER, *Droit civil français*, II, nº 180 y ss., cit. por BEAUDONNAT, *Ob. cit.* pag. 58). Pero además la doctrina comenzaba también a admitir el seguro de la culpa al margen de la materia de la responsabilidad civil como puede verse en las obras de: -



artículo se establece no debe ser entendida, sin embargo, con -  
 caracter absoluto, pues no hay que olvidar que la norma general  
 contenida en el art. 385, ya examinado, señala que la regulación  
 del contrato de seguro que se contiene en el Código de comercio  
 es supletoria de las estipulaciones contractuales de las pólizas  
 y se aplica solamente en defecto de pacto expreso (629).

El caracter dispositivo del art. 438, si bien no es afirmado  
 de un modo directo por la doctrina, que salvo excepciones no  
 presta la debida atención a este precepto legal, al menos es reco  
 conocido implícitamente por la mayoría de la misma, que al abordar  
 en unos casos la enumeración de los riesgos que pueden ser

---

./.. ALAUZET, Ob. cit. I, pag. 302; PERSIL, Ob. cit., pag. 24  
 y 25; CAUVET, Ob. cit., Nº 142; VIVANTE, Il contratto...  
...cit., I, pag. 204).

629.- En este sentido se expresa la Exposición de Motivos del -  
 Código que afirma que "los contratos de seguros terrestres  
 se rigen en primer término, y casi exclusivamente por los  
 pactos que se consignan en cada póliza, cuya práctica se-  
 guida constantemente, hace obligatoria el proyecto, declara  
 rando la nulidad del contrato cuando no se consigne por -  
 escrito". La jurisprudencia se ha expresado también en la  
 misma dirección como puede verse en las sentencias de 28  
 de enero de 1.932, de 29 de noviembre de 1.934, de 22 de  
 diciembre de 1.956, y de 22 de marzo de 1.957, y de 9 de  
 marzo de 1.968. En la doctrina se ha seguido también es-  
 ta misma orientación. Vid. en general GARRIGUES, El con  
trato... cit. pag., 48 ; URÍA, Derecho mercantil... cit.  
 pag. 576.

objeto de un seguro incluye entre ellos los debidos a culpa o negligencia del asegurado (630), mientras que en otros, aunque se hace especial hincapié en el requisito del caracter fortuito del riesgo para la admisión de nuevas modalidades del seguro, - sin embargo al examinar los principales ramos no regulados en - el Código de comercio incluyen entre ellos seguros cuya finalidad específica es la cobertura de los eventos debidos a la culpa del asegurado. (631).

A esta misma solución se llega también a través del examen de la práctica del seguro y especialmente del condicionado de - nuestras pólizas, en las que podemos apreciar, de un lado, que la culpa leve del asegurado aparece siempre cubierta por el segu

630.- Vease por ejemplo RODRIGUEZ ALTUNAGA que incluye junto al caso fortuito el dolo de tercero y la culpa propia (Ob. cit., pag. 625); BLANCO CONSTANS que se expresa en el mismo sentido (Ob. cit., II, pag. 677); y en la moderna doctrina: GARRIGUES, Ob. cit. ult., pag. 181; SANCHEZ CALERO, Ob. cit., pag. 444; URÍA, Ob. ult. cit., pag. 565.

631.- Así por ejemplo GONZALEZ DE ECHEVARRI que aunque destaca el caracter fortuito del riesgo para ser asegurable en - otras modalidades del seguro, sin embargo entre los diversos seguros que contempla bajo este epigrafe cita los de riesgo locativo y de recurso de vecinos que tienen su origen en una culpa del asegurado (Ob. cit., IV, pag. 126) y GAY de MONTELLA que incluye entre la modalidades permitidas o nacidas al amparo del art. 348 el seguro de responsabilidad civil (Ob. cit., III, 1, pag. 411).

ro, aunque sea práctica constante la exclusión de la culpa grave (632), y de otro, que las nuevas modalidades del seguro no contempladas en el Código de comercio no se limitan tan solo a la cobertura de los siniestros fortuitos (633), de donde se desprende claramente el carácter dispositivo del artículo que comentamos..

Así pues, en conclusión podemos afirmar que el contrato de seguro mercantil cubre o puede cubrir el riesgo de provocación del siniestro por culpa o negligencia del propio asegurado, coincidiendo esta opinión con la doctrina más autorizada (634).

---

632.- En la póliza de seguro de incendios ya hemos visto que aparece excluido el delito del asegurado y la imprudencia del mismo constitutiva de delito (art.3).- En la de seguro contra el robo y la expoliación se excluyen el hurto - robo y expoliación facilitados por descuido o negligencia y los daños causados por culpa grave del asegurado (art.4) En la póliza de seguro de accidentes corporales se excluyen los accidentes causados por imprudencia o negligencia grave del asegurado (art. 5).- En la de seguro de crédito para ventas a plazos se excluye el incumplimiento intencionado o por culpa grave del asegurado (art.5).- En la de - rotura de lunas, marmoles, cristales y similares no se - comprenden las roturas producidas por negligencia grave; temeridad o mala fe del asegurado (art. 2).

633.- Vease por ejemplo en este sentido el artículo primero de la vigente póliza de seguro de responsabilidad civil (diversos) en el que se establece que la compañía garantiza las indemnizaciones que puedan venir a cargo del asegurado, con arreglo a los arts. 1.902 a 1.910 del Código civil como consecuencia de los daños corporales o materiales, + causados a terceros con relación al riesgo designado en - otro lugar de la presente póliza. Lo mismo sucede en el - art. 1 de la póliza de seguros de vehiculos de motor.

634.- Vid. BENITEZ de LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II. pag.184; - BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob.cit.I, pag. 24; GARRIGUES, - Ob.cit., pag. 214; LANGLE, Ob.cit., III, pag. 568.; - ./.

### 3.- La licitud del seguro de la culpa

a) Fundamento del seguro de la culpa. Como hemos visto en otro lugar durante algún tiempo se consideró que la cuestión de la licitud del seguro de la culpa estaba íntimamente ligada con la aceptación de los seguros de responsabilidad. Se pensaba, en efecto, que la culpa no era asegurable pues no era posible exonerar de la responsabilidad por un hecho dañoso debido a la propia persona, aunque sin embargo se discutía si por excepción en aquellos supuestos que originaban una responsabilidad civil podía considerarse ésta como un riesgo que sería precisamente liberar al asegurado de esa responsabilidad (635). La separación de los conceptos de responsabilidad civil y responsabilidad penal permitió, en un primer momento, destruir el concepto de responsabilidad civil como sanción por los actos ilícitos y supuso un importante avance en la evolución del seguro del riesgo derivado del hecho culposo del asegurado. Conforme a esta idea, al principio, solo se va a admitir el seguro de la culpa integrante de la responsabilidad civil, es decir, la llamada culpa extracontractual que se da cuando por acción u omisión se causa un daño a otra persona interviniendo una negligencia por parte del autor del daño (art. 1.902 del Código civil).

---

./.. SANCHEZ CALERO, Ob. cit., pag. 444; URÍA, Ob.cit., pag.565

635.- FEN, De l'assurance des fautes, Paris, 1.913; STEFANI, - De l'assurance des fautes, Paris, 1.923; BEAUDONNAT, Ob. cit.; pag. 50 y ss.



La problemática del seguro de la culpa, sin embargo, no se agota en la responsabilidad por daños a terceros sino que comprende también la culpa o falta de diligencia que provoca daños en las propias cosas o en la misma persona asegurada. La admisión del seguro con respecto a los daños que el asegurado se causa a si mismo en sus bienes o en su persona encontrará una explicación en la evolución histórica de los conceptos de culpa y de seguro. A medida que la idea de intencionalidad va dejando paso a la noción de previsión como elemento esencial y definidor de la culpa, y que en el seguro se va transformando la noción misma de riesgo que desde su identificación con el accidente fortuito llegará a comprender también ciertos eventos provocados por la actividad humana (636), se va avanzando hacia la aceptación de la cobertura del riesgo de culpa por el contrato de seguro.

Hasta el siglo pasado se consideraba, como ya hemos indicado en otro lugar, que la culpa era inasegurable porque suponía un fuerte atentado contra la moral el que se indemnizara a una persona las consecuencias de un hecho que el mismo había ocasionado de un modo negligente o imprudente. (637). La norma que ex

---

636.- Esta evolución puede verse en ALAUZET, Ob. cit., I, pag. 302; VIVANTE, Il contratto...cit., I, pag. 204; y en nuestra doctrina RODRIGUEZ ALTUNAGA, Ob. y loc. cit.; BLANCO CONSTANS, Ob. cit., II, pag. 677.

637.- Vid. POTHIER, Ob. cit., pag. 116; PARDESSUS, Cours...cit. II, nº 590; GONZALEZ HUEBRA, Ob. cit. I, pag. 275

cluía la responsabilidad del asegurador en el caso de siniestro causado por la culpa del asegurado se encontraba en el seguro marítimo anterior a la codificación y era aceptada de un modo unánime por la doctrina que se oponía a la asegurabilidad de estos riesgos (638), y sin duda por analogía con aquella, se excluía también en el seguro terrestre el seguro de la culpa del asegurado (639). Pero, poco a poco, a medida que se va profundizando en el estudio del seguro, la doctrina va comprendiendo la verdadera finalidad de éste que no es solo la de garantizar al asegurado frente a las consecuencias de los accidentes naturales sino también frente a la propia imprevisión o negligencia del asegurado (640). Los autores, de acuerdo con estas nuevas ideas comienzan a hablar de la inutilidad de los seguros terrestres si no se llega a cubrir la negligencia del asegurado (641), y de la necesidad

---

638.- En la doctrina clásica se manifiestan en este sentido: - SCACCIA, Tractatus...cit., nº154-155; CASAREGIS, Discursus...cit., I, nº 75; con posterioridad a la Ordenanza de la Marina francesa puede verse: VALIN, Commentaire...cit., - L.III, VI, 27; EMERIGON, Ob.cit. I, pag.364; POTHIER, Ob.y loc.ult.cit.

639.- En este sentido QUENAULT, Traité des assurances terrestres Paris, 1.928, nº 63; TOULLIER, Droit civil français, nº176 cit. por BEAUDONNAT, Ob.cit., pag. 58

640.- VIVANTE, Ob. y loc. ult. cit.; RAMELLA, Ob.cit., I, pag.- 262; BEAUDONNAT, Ob.cit., pag. 51 y ss.

641.- PERSIL, Traité des assurances, Paris, 1.835, pag. 24 ; - ALAUZET, Ob. cit. , I, pag. 302 y ss.

de la cobertura de los siniestros causados por la culpa de éste aunque la garantía se limite tan solo a la culpa leve (642). Bajo esta influencia doctrinal aparecerán los primeros tipos de seguro de la culpa como son el de riesgo locativo y el de recurso de vecinos en el caso de incendio, que más tarde encontrarán su confirmación legal en algunos Códigos y leyes (643), entre los que hay que destacar a nuestro Código de comercio, uno de los primeros en admitir la cobertura por el seguro de los siniestros causados por la negligencia del asegurado al menos en las modalidades que se recogen en el texto legal.

Con la culpa se ha producido un proceso inverso al que contemplámos en el capítulo anterior al tratar del dolo. Mientras la noción de éste ha venido ampliándose a supuestos no específicamente intencionales y las legislaciones y la doctrina han venido afirmando su inasegurabilidad con independencia de su posición sobre la naturaleza de aquél, en el terreno de la culpa, por el contrario, el ámbito de la inasegurabilidad se ha ido restringiendo cada vez en mayor medida pues, como ha señalado VIVANTE, con

---

642.- VIVANTE, Ob. cit., I, pag. 204. En nuestra doctrina RODRÍGUEZ ALTUNAGA, Ob. cit. pag. 625 y ss.

643.- Como ejemplo pueden servir el Código de comercio italiano que en su art. 445 regula estas dos modalidades de seguro y la Ley belga de 1.874, que en su art. 34 regula el seguro de recurso de vecinos en caso de incendio, y en el art. 37 se refiere al seguro de riesgo locativo.

el transcurso del tiempo son cada vez menores los supuestos culposos que quedan fuera de la garantía; por otra parte no se puede desconocer que la práctica se ha hecho cada vez mas tolerante a este respecto en atención a que por la complejidad que alcanzan en la vida moderna las grandes empresas comerciales, y por el uso de máquinas y aparatos peligrosos que en la actualidad se utilizan, se exige que la actividad del hombre desarrolle una diligencia tal que es casi imposible de ejercitar, con lo que el seguro de la culpa hace sentir aun mas su necesidad y adquiere nueva fuerza. (644). A la aceptación del seguro de la culpa ha contribuido pues, también, quizá de un modo fundamental el desarrollo del seguro de responsabilidad civil que es esencialmente un seguro de la culpa del asegurado.

Ahora bien, como veíamos anteriormente, el único obstáculo que puede oponerse a la admisión de este riesgo entre los que pueden ser garantizados por un contrato de seguro se encuentra en su licitud desde un punto de vista jurídico, es decir si, planteado el problema en otros términos, el acuerdo contractual que permitiera la cobertura por un seguro del siniestro provocado por el asegurado de un modo culpable o negligente puede ser incluido entre los pactos lícitos de los que nos habla el art. 385 del Código de comercio. A este respecto hemos de añadir que

---

644.- VIVANTE, Trattato...cit., IV, ed. 1.935, pag. 347.



sólo el respeto a la Ley, a la moral y al orden público imponen limitaciones a la posibilidad de que se cubran determinados riesgos. Así pues, una vez admitido que la normativa del Código no se opone en modo alguno a la validez de este seguro, habrá que concluir que solo será inasegurable aquél riesgo cuya inclusión dentro de los garantizados por el contrato podría ser causa de una grave perturbación social (como sería la incitación a provocar siniestros) o determinante de una inmoralidad (tal - sería el caso en el que se percibe una indemnización por un acto dañoso debido a nuestra propia actividad), pues ambos supuestos constituirían dos ejemplos de contratos con causa ilícita - que estarían afectados de nulidad.

En el seguro de la culpa no se puede hablar de inmoralidad ni de estipulación contraria al orden público. Se objetaba que la percepción de una indemnización en el caso de una conducta negligente es contrario a la moral pues, en primer lugar nadie debe lucrarse con sus propios actos dañosos, y en segundo lugar, la falta de previsión sería un riesgo que no podría cubrirse, - pues las consecuencias de la conducta del sujeto resultan en algunos casos tan patentes que es imposible pensar que no han podido preverse, lo cual puede llevar a suponer que si se han previsto y el sujeto ha obrado, estamos en presencia de una actuación de mala fe (645). Esta argumentación no puede ser admitida

---

645.- En este sentido PARDESSUS, Cours...cit., II, pag. 548 y ss.

por que se basa en un juicio de valor que presume siempre la existencia de una mala fe en el sujeto, y no se puede afirmar que - siempre que se actúa negligentemente se da una mala fe en el - que obra, sino que por el contrario la previsión no se presenta siempre ni de igual modo en todas las personas. El seguro de la culpa tampoco es contrario al orden público pues en la conducta negligente del asegurado ni hay voluntad de dañar ni tampoco la de defraudar al asegurador. Además, por lo que respecta a los - seguros de responsabilidad, principal ramo en el que se plantea el tema del seguro de la culpa del asegurado, la posibilidad de un fraude es muy remota porque la indemnización por los daños - causados no va nunca a parar a manos del asegurado sino a las - de la víctima del daño, luego no es concebible que se realice - un siniestro con el único propósito de causar daño, y menos aun por imprudencia o negligencia (646).

El seguro de la culpa no destruye tampoco el alea del contrato, pues indudablemente, en el supuesto de una actuación negligente del asegurado, la producción del siniestro no depende exclusivamente de la voluntad de éste, sino que intervienen a - a la vez circunstancias exteriores a la propia esfera anímica - del sujeto que influyen también en la aparición del siniestro.- Subsiste la incertidumbre y también la noción de riesgo.

---

646.- En este sentido se expresa JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pag. 56.

Por otra parte la práctica ha venido aceptando desde hace tiempo la cobertura de los riesgos debidos a culpa del asegurado pues es imposible exigirle a éste una serie de precauciones tan extremadas que exceden de la normal diligencia, porque muy difícilmente una persona pueda llegar a conocer con exactitud todas las consecuencias que producirán sus acciones (647).

El seguro de la culpa, el menos por lo que a la culpa leve se refiere es admitido en la actualidad por la generalidad de la doctrina mercantil en base a las disposiciones legales que incluyen la culpa entre los riesgos que puede asumir el asegurador (648), o en base a las interpretaciones progresivas que a

---

647.- Vid. VIVANTE, Il contratto...cit., I, pag. 202; PICARD-BESSON, Traité...cit., II, pag. 41 y ss; MOELLER, L'aspirazione alla ...cit., pag. 386; BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, OB. Cit. II, pag. 183.

648.- Las Leyes modernas sobre el contrato de seguro admiten expresamente la cobertura del riesgo de culpa del asegurado aunque no todas lo hacen con la misma extensión. Así en el art. 12 de la Ley francesa, se admite la garantía de todo tipo de culpa; el art. 61 de la Ley alemana no permite cubrir la culpa grave del asegurado, a excepción del seguro de responsabilidad; lo mismo sucede en el Código civil italiano, aunque en éste, la prohibición puede ser derogada mediante pacto expreso; finalmente en la legislación suiza se admite el seguro de toda clase de culpa, pero la responsabilidad del asegurador se gradúa conforme a la gravedad de la culpa. En la doctrina podemos ver esta admisión en PICARD-BESSON, Les assurances...cit., I. - pag. 106; BRUCK, Das Privat...cit. pag. 659; DONATI, Ob. cit., II, pag. 143. En el Derecho inglés impera también la regla de la cobertura de la culpa al reconocer como principio que al asegurado debe otorgarsele la mayor garantía posible (Así lo declara el juez KENNEDY en la sentencia "Burrov's versus Rhodes", citada por JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pag. 67, nota 20).

la vista de las modernas orientaciones doctrinales y de la práctica de las compañías aseguradoras en los respectivos países - han llegado a afirmar que los textos que no permitían esta clase de seguros, eran dispositivos y por consiguiente podían ser alterados mediante un acuerdo expreso de las partes que intervienen en el contrato (649).

De lo expuesto se deduce que no habiendo ningún obstáculo que determine la inasegurabilidad de los siniestros debidos a la culpa del asegurado estos serán normalmente garantizados por el contrato de seguro, salvo pacto en contrario. La naturaleza de este tipo de eventos no se presenta pues discutida. Se trata de riesgos asegurables que, como todos los demás riesgos admiten una delimitación; cabe pues determinar cuales son los eventos asumidos, y también que los producidos por una cierta causa no serán asumidos por el asegurador, y entre esas causas puede figurar la culpa del asegurado, pero no como un riesgo excluido o inasegurable sino como una delimitación subjetiva del riesgo asegurado.

---

649.- Véase en Italia, sobre el art. 434 del Código de comercio SALANDRA, Commentario...cit., pag. 279; Con respecto a la Ley belga Van RYN-HEENEN, Ob. cit. IV, pag. 14. En Inglaterra vease también la sentencia en el caso "James versus British General Insurance Co". Citado por JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pag. 67.



b) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad y el seguro de la culpa. Una corriente doctrinal que aparece a raíz de las primeras sentencias de los tribunales franceses en torno a la culpa del asegurado en la provocación del siniestro y su cobertura por el seguro, fundamenta la licitud del seguro de la culpa en la equiparación de éste con las cláusulas de exoneración de responsabilidad (650). Esta equiparación jurisprudencial produjo un gran confusionismo entre los autores que vieron que este tipo de seguro podía llevar a una total irresponsabilidad de los asegurados del mismo modo que sucedía en la práctica con las cláusulas limitativas de la responsabilidad, y al igual que en éstas se limitó su validez solo a las que exoneraban de responsabilidad por culpa grave, lo mismo se pensó para el seguro aunque algunos autores se opusieron, sin embargo a su admisión (651). El equivo

---

650.- Como antecedentes de la admisión jurisprudencial del seguro de la culpa se citan, por la doctrina francesa, las sentencias de 12 de julio de 1.837, en materia de seguro contra incendios y la del Tribunal de París de 1 de julio de 1845 en materia de responsabilidad por accidentes de circulación. Sin embargo la que verdaderamente sienta doctrina en el sentido del texto es la sentencia del Tribunal de Casación de 15 de marzo de 1.876, seguida por otras, entre las que destaca la de 28 de octubre de 1.903. Por otra parte el seguro de la culpa en materia de responsabilidad por los auxiliares y dependientes se admitió en diversas sentencias como por ejemplo las de 22 de octubre de 1.894 y 2 de junio de 1.886., y también se consagró en la Ley de 9 de abril de 1.898 en materia de accidentes de trabajo (art. 20). (Sobre el desarrollo del seguro de la culpa en esta etapa, vid. BEAUDONNAT, Ob. cit., pag. 137)

651.- Propugnan esta asimilación: BOUTAUD; Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, Paris, 1.895, nº 120 y ss.; RIPERT, Droit maritime - II, nº 1729; BECQUÉ, Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Rev. Trim. Droit civ., 1.914, pag. 320. En contra SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la ga -

co surgido en la doctrina y jurisprudencia francesas puede explicarse, por otra parte, en base a que tanto en las pólizas de seguros como en los preceptos de los Códigos se habla generalmente de responsabilidad y se establece que el asegurador no será responsable de los siniestros dolosos o culposos (vid. por ejemplo los arts. 396 del C. co. y 1791 del C. civ.) (652).

La responsabilidad por culpa podía ser exonerada de dos modos diversos que operan cada uno en un terreno distinto, de un lado el de la culpa contractual y de otro el de la culpa extracontractual. En el primer caso se trata de proyectar las consecuencias de la propia culpa sobre la otra parte contratante mediante una estipulación expresa contenida en el contrato, mientras que en el segundo la responsabilidad se desplaza también hacia otra persona, en este caso el asegurador, mediante la conclusión de un contrato de seguro, de modo que en ambos supuestos se llega a resultados similares pues el deudor se exonera de su propia responsabilidad (653). El seguro de la responsabilidad y las cláusulas

---

./.. rantie. Bruxelles-Paris, 1.884, pag. 244; THALLER, Prólogo a la obra de BOUTAUD anteriormente citada, pags. V y VI; - JULLIOT de la MORANDIERE, en COLIN-CAPITANT, Traité de Droit civil, II, Paris, 1.959, nº 928.

652.- Esta idea ha sido puesta de relieve por FANELLI, Delimitazione del rischio assicurato e limitazione della responsabilità, Ass. 1.948, II, Pag. 30.

653.- BEAUDONNAT, Ob. cit., pag. 142.

de exoneración de responsabilidad son dos instituciones jurídicas similares que persiguen la misma finalidad, cual es la de proteger al sujeto frente a una responsabilidad contractual en un caso y extracontractual en otro, que puede serle exigida, pero operan de modos diversos: las cláusulas de no responsabilidad concertando con el otro contratante, quien deberá soportar los daños del incumplimiento, el seguro de responsabilidad trasladando la responsabilidad por daños a una persona ajena a la relación extracontractual que surge con motivo del hecho lesivo.

En la actualidad si bien estamos lejos de la identificación de la cláusula y el seguro de responsabilidad, sin embargo se ha criticado a ambas el que al amparar al responsable del daño, limitando o traspasando a otro las consecuencias de su actuación culpable, se favorece la negligencia de las personas y la exoneración de la responsabilidad se convierte en una incitación al descuido y a las acciones culpables. Además ambas desvirtúan también el sistema de sanciones jurídicas patrimoniales establecido por el ordenamiento jurídico para el caso de incumplimiento de las obligaciones o de la actuación negligente de la persona, pues el sujeto no verá, en definitiva disminuido su patrimonio (654). Esta objeción se puede salvar, y de hecho se ha venido haciendo así en la práctica, limitando la validez del seguro a solo determinados riesgos y la de las cláusulas a unas causas espe

---

654.- GARCIA AMIGO, Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid, 1.965, pag. 109

cificas, que, como ya hemos indicado anteriormente, podrían ser en ambos casos a la culpa leve del sujeto deudor o asegurado.

Frente a estas notas comunes hay, sin embargo, importantes diferencias que separan las cláusulas limitativas de responsabilidad del seguro, pues si bien desde el punto de vista del deudor como hemos visto, ambas instituciones pueden confundirse, no sucede lo mismo si contemplamos la posición del acreedor frente a los daños por incumplimiento de un contrato o frente a la indemnización de un seguro. En el supuesto de las cláusulas de responsabilidad quien hace frente a la reparación será el propio particular, mientras que en el caso del seguro nos encontramos con una compañía aseguradora que desde un punto de vista económico en cuanto a su solvencia y garantía no puede compararse con un sujeto que actúa aisladamente. Además mientras que el particular sufre el mismo las consecuencias del incumplimiento, el asegurador, en cambio, no es sino un intermediario de los riesgos que asume, pues mediante la técnica del seguro reparte los mismos entre los asegurados (655). Por otra parte, así como en la cláusula de no responsabilidad el acreedor que soporta el incumplimiento no percibe por ello compensación alguna, en el seguro de res-

---

655.- BEAUDONNAT, Ob. cit. pag. 144



responsabilidad el acreedor percibe siempre una indemnización pues el asegurador permanece obligado solidariamente con el deudor - a los efectos que se derivan del contrato de seguro (656).

También hay que tener en cuenta a este respecto, que en el seguro el riesgo o las consecuencias del evento dañoso son asumidas por el asegurador totalmente y sin que quepa ninguna graduación (657), cosa que no sucede, en cambio, con las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Tampoco se puede hablar en el caso del seguro de responsabilidad de la existencia de un acuerdo entre el deudor-asegurado y el acreedor-víctima, como sucede en las cláusulas de exoneración que encuentran precisamente su fundamento en este acuerdo, pues los sujetos en el caso que comentamos no solo no han llegado a un acuerdo, sino que tan siquiera se conocen, jurídicamente hablando, antes de que el siniestro se produzca o de que la víctima de un daño inicie su reclamación. Buena prueba de ello es que la acción de la víctima solo puede ejercitarse contra el asegurado o contra el asegurador como deudor solidario, en el caso de que se produzca el daño, pues hasta

---

656.- Vid. a este respecto la sentencia de 23 de junio de 1.930 Sobre el tema: GARCIA AMIGO, Ob. cit., pag. III; MAZEAUD-TUNC, Tratado...cit., III, II, nº 2514; JANSSENS-BRIGODE, - Ob. cit., pag. 325.

657.- Vease como excepción el art. 14 de la Ley suiza sobre el contrato de seguro en el que la responsabilidad del asegurador se determina conforme al grado de culpa (SOLARI, Ob. cit., pag. 74; SCHUPPISSER, Ob. cit., pag. 30; STUPP; Ob. cit., pag. 46).

ese momento no existe ningún tipo de relación entre ellos, e incluso con anterioridad a la iniciación de la reclamación el asegurador continúa siendo un tercero con respecto a la persona lesionada. El seguro de responsabilidad y las cláusulas de no responsabilidad tutelan intereses diferentes, pues en éstas solo se busca la protección del deudor frente al incumplimiento, mientras que en el seguro se tutela también a la víctima del daño que se ve así más amparada pues la indemnización que le corresponde está garantizada por un asegurador que excluye el riesgo de insolvencia del responsable. Esta diversa tutela de intereses ha motivado el que se haya aceptado de un modo unánime por la doctrina esta modalidad del seguro a la vez que las cláusulas limitativas han sido muy criticadas (658).

Las más importantes diferencias entre ambas instituciones - surgen, sin embargo, de su propia naturaleza jurídica. La cláusula de no responsabilidad se proyecta sobre la extensión de un - compromiso contractual, pues el deudor puede fijar de antemano - el grado de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. El seguro atiende en cambio, al - derecho del asegurado de hacer soportar al asegurador su responsabilidad extracontractual. La cláusula de no responsabilidad enfrenta a un acreedor y un deudor. El acreedor puede prometer a -

---

658.- GARCIA AMIGO, Ob. cit., pag. 114

su deudor que le mantendrá indemne de toda pérdida o daño que -- se cause por culpa del deudor, es decir que no le exigirá responsabilidad por ello. Por el contrario el seguro se aplica a los -- supuestos de responsabilidad extracontractual en los que no existe ningún acuerdo entre el acreedor y el deudor que es el asegurado. Además en el seguro, la acción del asegurado contra el asegurador solo se presenta si el tercero lesionado demanda a su vez al asegurado causante del daño, lo que no sucede en las cláusulas que limitan la responsabilidad del deudor (659).

En conclusión podemos afirmar que el seguro es una institución dotada de unos caracteres propios que la distinguen perfectamente de las claúsulas limitativas de la responsabilidad y que pueden sintetizarse en las siguientes: en primer lugar, el seguro esta constituido por una mutualidad de asegurados, entendida como la puesta en común de un riesgo que el asegurador asume en base a un capital formado por las primas que los asegurados pagan periodicamente y que sirve para la reparación de los siniestros; en segundo lugar, el caracter profesional de la persona que asume el riesgo, pues en efecto, el asegurador es una persona (sociedad anónima por imperativo legal) que se dedica exclusivamente a la realización de seguros, caracterizándose precisamente por --

---

659.- FANELLI, Ob. cit., pag. 32

la cobertura de múltiples riesgos semejantes que son asumidos - por él a través de múltiples contratos, y por el empleo permanente del importe de las primas y de sus recursos económicos fundamentalmente en la garantía de los riesgos asumidos; finalmente - el seguro no consiste en un pacto sobre la mayor o menor responsabilidad que le será imputada al deudor, sino sobre la reparación del daño causado por el asegurado (660)

Por último queda tan solo referirnos a la posible relación entre las cláusulas de no responsabilidad y el seguro. Esta conexión suele establecerse a través de la póliza de seguro o de las condiciones generales de un contrato, mediante una declaración tendente a dejar al deudor indemne de su responsabilidad. De este modo el sujeto se libera de la responsabilidad por los daños para los que se concertó el seguro. Esta cláusula muy frecuente hoy en el tráfico viene a satisfacer, con excelentes resultados, las nuevas exigencias de la responsabilidad contractual que refuerzan por un lado la responsabilidad y por otro permiten al deudor liberarse de los riesgos propios de su actividad (661). Un ejemplo de este tipo de relaciones lo encontramos en -

---

660.- BEAUDONNAT, Ob. cit., pag. 145 y ss.

661.- En este sentido GARCIA AMIGO, quien se refiere también a que una de las modalidades donde más frecuentemente se dan estas cláusulas es en el transporte de mercancías, y observa que aunque en el Reglamento de agencias de transporte de 1951, se contemplan ambas instituciones, sin embargo no se realiza la conexión entre ambas (La relación contractual entre las agencias de transportes y los usuarios de sus servicios; legislación y condiciones generales de contratación, R.D.M. 1.964, pag. 311 y ss.)



el Reglamento del seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, que establece que el asegurador está obligado a hacer frente a los daños ocasionados por el asegurado dentro de los límites del seguro (art. 29). Pero quizá el supuesto más interesante de conexión entre las limitaciones de responsabilidad y el seguro se encuentre en la llamada "insurance clause" que aparece normalmente en el tráfico marítimo y que tiene como finalidad la exoneración del armador o del porteador de la responsabilidad derivada de los riesgos que pueden ser cubiertos por el seguro (662). La cláusula que aparece redactada en los siguientes términos: "el armador no asume ninguna responsabilidad en relación con los riesgos susceptibles de ser cubiertos por un seguro, o contra los cuales el cargador habría podido asegurarse", pone, como vemos, directamen

---

662.- Vid. sobre este tema: FERRARINI, Il problema della validità della cosiddetta "insurance clause", Foro it. 1950, I, pag. 1098.; FANELLI, Il tema di esonero della responsabilità del vettore marittimo. Ass. 1.950, II, pag. 22; y entre la doctrina italiana mas antigua; ASCARELLI, Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo ed inversione convenzionale dell'onere della prova, Foro It. 1936, I, pag. 1010; LEFEBVRE D'OVIDIO, La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo, Roma, 1939 pag. 203; DOMINEDO, La clausola di assicurazione, Ass. 1941 I, pag. 105.- En el Derecho alemán puede verse SCHLEGELBERGER-LIESECKE, Seehandelsrecht (Kommentar), Berlin-Frankfurt 1.964, pag. 421. En Francia: RIPERT, Droit maritime, cit. II, pag. 673; En el Derecho belga: SOHR, L'exoneration dans les connaissements des dommages assurables, Le Droit maritime belge, I, 1.910, pag. 64. En Inglaterra, vid. COLIN VAUX, Carver's Carriage by sea, London, 1.971, I, pag. 276 y 330 (nº 323 y 383). En nuestro Derecho vid. FARINA, Derecho comercial marítimo, Barcelona, 1.956, pag. 437 y ss.

te en relación las cláusulas de no responsabilidad y el seguro - pues limita precisamente aquella a unos determinados riesgos en relación con el seguro, de modo que permite que una persona se libere de responder por unos daños, que de otro modo estarían a su cargo por ser debidos a una culpa personal o a una culpa comercial de sus auxiliares o dependientes, dado que todos los riesgos causados por el dolo o la culpa de terceras personas pueden ser asegurados, y que el armador o el porteador son terceros con respecto a la relación de seguro (663).

---

663.- El alcance de esta cláusula y su validez han sido muy discutidos por la doctrina y la jurisprudencia. La jurisprudencia francesa, belga e italiana es contradictoria pues - unas veces admite su aplicación mientras que otras la declara nula; en otros países, en cambio, como Alemania e Inglaterra, los tribunales la interpretan restrictivamente (FARINA, Ob. cit., II, pag. 437 y 438). La doctrina, en un primer momento duda de su licitud y la declarará nula por su indeterminación y generalidad, que llevarían a la liberación del porteador de toda responsabilidad directa o indirecta que se produjera como consecuencia del dolo o de la culpa del mismo, lo cual sería contrario al principio general del Derecho que no permite la exoneración de la responsabilidad derivada de dolo (BERLINGIERI, La polizza di carico e le convenzioni internazionali di Bruxelles 25 agosto 1.924, Genova, 1.932, pag. 182). Sin embargo, frente a este criterio se ha propuesto otro que basándose en la limitación del alcance de la cláusula de seguro tan solo a la culpa leve, reconoce su validez parcial para este caso concreto (BRUNETTI, Diritto Marittimo Privato Italiano, II Torino, 1.929, pag. 186; SCORZA, La Polizza di carico, I. Roma, 1.936, pag. 120; PERSICO, L'assicurazione marittima delle merci, Genova, 1.932, pag. 76; FANELLI, Ancora sulla validità, sugli effetti e sulla reale portata de la "Insurance clause", Saggi di Diritto delle assicurazioni, Milano, 1.971, pag. 51 y ss.; RIPERT, Observations à la décision du Tribunal de commerce de Bordeaux de 8 avril 1927, DOR 1.927, supl. V, pag. 275; y también en Droit maritime ...cit. II, pag. 673; SCHLEGELBERGER-LIESECKE, Ob. y loc. cit.; La misma disparidad de criterio con respecto a la validez de esta cláusula reina también sobre las condiciones

./.

#### 4.- Extensión de la garantía del seguro a la culpa grave del asegurado.

La noción de culpa grave es uno de los conceptos jurídicos que mas variaciones ha sufrido a lo largo de la historia. Puesta de relieve por el Derecho justinianeo como uno de los grados de la culpa (culpa lata) fue abandonado mas tarde en los últimos períodos de aplicación de este Derecho. Recuperada la noción por los comentaristas, vuelve a ser olvidada por la codificación, pues los códigos por regla general solo contemplan un tipo de culpa, a excepción de nuestro Código de comercio, que, como ya hemos indicado, se refiere a la negligencia grave en algunas ocasiones (664). En el Derecho del seguro, en cambio, la culpa grave siempre ha merecido un tratamiento especial y ha cobrado una

---

./ de su admisión. En principio habra que concluir que para ser aplicable el riesgo deberá tener un caracter asegurable o figurar habitualmente entre los asegurables. La prueba de la asegurabilidad del mismo corresponderá al armador (FARIÑA, Ob. cit., pag. 439)

664.- Sobre la culpa grave pueden verse: JOSSERAND, La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, Dalloz hebdom. 1.940; ROBLOT, De la faute lourde en Droit privé français, Rev. Trim. de Droit civ. 1.943, p. 1; VOISENET, La faute lourde en Droit privé français, Dijon, 1.934; DAVID, S. Vers une nouvelle éclipse de la faute lourde, Hommage a V. GOTHOT, Liege, 1.962, p. 117; HAYOIT de TERMICOURT, Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats, Journ. trib. 1.957, p. 601; MAIORGA, Colpa civile, Enc. Dir. VII, Milano, 1.960, p. 534; PERCY, Charlesworth's on negligence, London, 1.962; ENGISCH, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin, 1.930; MEYER, Die Gleichstellung von Vorsatz und gröber Fahrlässigkeit im franz- und deutschen Recht, Köln, 1.965.

importante relevancia una vez admitida la licitud del seguro de la culpa, pues marca precisamente el límite de la extensión de la cobertura de los riesgos, como puede verse del examen de las legislaciones más representativas (665).

Sin embargo, en la actualidad la culpa grave es un concepto que está en crisis fundamentalmente como consecuencia de los intentos de unificación internacional del Derecho, que han motivado un importante esfuerzo hacia la armonización de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, en busca de un Derecho uniforme europeo o internacional (666). A la hora de elaborar un Derecho común nos encontramos, en efecto, con dos concepciones contrapuestas: el Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón. El primero de ellos ha elaborado una doctrina sobre la culpa grave, que arranca de la noción romana de la "culpa lata", mientras que en el Derecho anglosajón impera una noción contrapuesta la "wilful misconduct" que podría traducirse por culpa inexcusable o por culpa intencional. Las dificultades de apreciación y prueba que conlleva nuestra noción de culpa grave han decidido la balanza en este proceso de unificación, a favor del concepto anglosajón de culpa inexcusable, que ha terminado por imponerse,

---

665.- Vid. los arts. 12 de la ley francesa, 61 de la ley alemana 1.900 del Código civil italiano, 16 de la ley belga.

666;- DAVID, S., Ob. cit., pag. 125.



dadas las grandes adhesiones de que ha gozado en la doctrina (667). La culpa inexcusable vendría a ser un grado intermedio entre el dolo y la culpa grave, aunque se halla más próxima a aquél en base a la existencia de una voluntariedad. La culpa inexcusable es un acto deliberado y voluntario pero no intencional o malicioso; el sujeto obra en esta con un desprecio absoluto de la diligencia frente a un evento previsto por él como posible (668). Su diferenciación con el dolo habrá de buscarse en que en éste se prevén las consecuencias dañosas de la acción, se aprueban y se actúa precisamente buscando esas consecuencias (669), mientras que en el caso de culpa inexcusable solo se ha previsto un peligro, un evento que acaso puede producirse, pero no se hace nada por evitarlo.

---

667.- Vid. por ejemplo la revisión del Convenio de Varsovia sobre la unificación de las reglas relativas al transporte aéreo internacional de 1.929 por el Protocolo de La Haya de 1955 y la revisión de la Conferencia de Roma de 1.933 sobre los daños causados por las aeronaves a los terceros en la superficie por el Convenio de Roma de 1.952. En ambos se abandona el concepto de negligencia grave para pasar al de culpa intencional o inexcusable.

668.- PICARD-BESSON, Traité ...cit. II, pag. 55

669.- Este concepto en derecho inglés recibe el nombre de "wilful act".

Esta contraposición de conceptos no ha llegado aún a plantearse, sin embargo, en el terreno del seguro, en el que todavía, de modo general, se discute el problema de la cobertura de los siniestros provocados por la culpa grave del asegurado, adquiriendo pues aquí este concepto, como ya hemos adelantado, toda la importancia que en otras ramas del derecho le ha sido negada.

a) La determinación del concepto de culpa grave. Al estudiar la culpa grave la doctrina pone normalmente de relieve las dificultades existentes en cuanto a su apreciación y a la imposibilidad de separar, con frecuencia, este concepto del de dolo unas veces y del de culpa leve otras. En efecto, es difícil saber cuando ha habido intención y cuando simplemente falta de previsión, pues la separación real entre ambas solo puede hacerse dentro de la esfera anímica del sujeto, donde el Derecho no puede penetrar. La cuestión se complica aun más, si al lado del dolo nos encontramos con el concepto de culpa inexcusable como grado intermedio entre la intencionalidad y la previsión. Por todas estas razones, con el fin de obviar en lo posible los inconvenientes de las definiciones, siempre demasiado imprecisas, la doctrina ha optado generalmente por hablar de culpa grave estableciendo que para su determinación habrá que atenerse en primer lugar a lo que dispongan los contratantes en el momento de la conclusión del contrato, y en otro caso habrá que dejar la apreciación del gra-

do de culpa a lo que dispongan los tribunales de justicia (670). El conocimiento del grado de culpa y la caracterización de la conducta del sujeto como integrante de un tipo u otro de culpa, siguiendo el criterio general para la determinación de la culpa, no se hace de un modo objetivo sino que se aplica un criterio me dio dejando en definitiva la decisión a los tribunales.

Al lado de esta opinión, sin duda mayoritaria, algunos auto res, dentro del campo del seguro, han formulado una definición de culpa grave que, consistiría en una infracción especialmente grande de la diligencia o del cuidado necesarios que hay que poner en los negocios (671), mientras que otros han propuesto para la determinación del concepto de culpa grave diversos criterios basados en los caracteres propios del contrato de seguro, El pri mero de ellos se basa en el equilibrio de las prestaciones del contrato, pues la actuación del asegurado viene a alterar la situación pactada, y por ello es posible determinar la existencia

---

670.- VIVANTE, Il contrato...cit, I, pag. 204; EHRENZWEIG, Deutsches...cit., pag. 266; KOENIG, Ob. cit., pag. 255; BENITEZ-de LUGO REYMUNDO, Ob. cit. I, pag. 24; CAPITANT, La loi du 13.7.30 relative au contrat d'assurance, Paris, 1.930, pag. 17

671.- Vid. por lo que respecta a la doctrina del seguro EHRENZWEIG Ob. cit., pag. 266; SCHUPPISSE, Ob. cit. pag. 44; KOENIG, Ob. cit., pag. 254; BRUCK, Ob. cit., pag. 659; Mac GILLIVRAY BROWNE, Ob. cit., pag. 847; SALANDRA, Ob. cit. pag. 260; - DONATI, Ob. cit. II, pag. 154.

de una culpa grave del asegurado cuando este modifica el riesgo de modo que se rompe sustancialmente el equilibrio contractual - (672). Este criterio puede ser rechazado pues confunde la culpa grave en la provocación de un siniestro con la agravación del riesgo. Se trata, como hemos visto de supuestos de naturaleza diferente y sin ninguna relación, pues en el segundo supuesto, el de agravación, el asegurado no causa el siniestro de un modo directo, sino que modifica el estado del riesgo, lo que produce unos efectos del todo diferentes a los de la culpa. Otro de los criterios propuestos se basa en la personalidad del asegurado para la apreciación de la culpa grave, en el sentido de que siendo el contrato de seguro un contrato concertado en atención a las personas (*intuitu personae*), se le impone al asegurado una diligencia especial y no la normal o media que se determinaría en abstracto (673). Este criterio es más difícil de rechazar, aunque sea muy dudosa la afirmación de que en el seguro se impone una obligación especial de diligencia. Sin embargo en nuestro Derecho esta interpretación podría encontrar una débil base en el texto del art. 414 del Código de comercio, pues la facultad que en caso de siniestro se concede al asegurador para rescindir todos los contratos de seguro concertados por el asegurado podría encontrar sentido en

---

672.- Vid. La TORRE, I siniestri...cit., pag. 651

673.- MONETTE - DE VILLE- ANDRE, Traite des assurances terrestres Bruxelles, 1.949, nº 298, pag. 408 y ss.



esa falta de la especial diligencia que el contrato impone, pero ningún argumento puede aducirse en favor de esta particular solución al no hacerse en el texto legal mención de la culpa como - productora del siniestro. Finalmente en la doctrina francesa para tratar de individualizar la negligencia grave del asegurado - se ha afirmado que el criterio decisivo habrá que buscarlo en la intención del sujeto; el asegurado incurrirá en culpa grave cuando quiere la acción pero no las consecuencias de ésta y además - no tiene intención de producir el daño (674). Mientras que lo característico del dolo sería la intención de dañar, en la culpa - grave habría conciencia y voluntad del daño pero no intención de producirlo. Sin embargo no creemos que el requisito de la intención de dañar sea propio del dolo en general, sino que a lo sumo sería integrante de lo que en la doctrina penal se llama dolo es pecífico (675), por lo que este elemento no nos podrá servir, en consecuencia, para la determinación de la existencia de una culpa grave.

Por otra parte, se ha postulado la existencia de un tercer género de culpabilidad, intermedio entre la culpa y el dolo, en

---

674.- PICARD-BESSON, Les assurances....cit., pag. 107

675.- En este sentido CIAN, Lata culpa dolo aequiparatur, Riv. - Dir. civ. 1.963, pag. 152 ; DONATI, Ob. cit. II, pag. 131; LA TORRE, Ob. cit. pag. 657.

el cual podría encuadrarse la culpa grave. Se trataría, pues, -- en este caso de una culpa consciente que se caracterizaría fundamentalmente por el conocimiento de la causa que habrá de producir el daño (676). Este intento de creación de una nueva categoría encuentra su explicación y su significado en las dificultades, ya señaladas, que aparecen al penetrar en la esfera de los límites existentes entre el dolo eventual y la culpa consciente, la culpa intencional y la culpa grave. Sin embargo, es difícil pensar que la solución a la delimitación de estos conceptos y especialmente del de la culpa grave nos pueda venir dada mediante la creación de una nueva categoría o género de culpa, que tendrá el inconveniente de ser a su vez muy difícil de separar de los anteriores y que nos llevará a una precisión aún mayor entre esta culpa grave, en el sentido que se propone, y la llamada culpa con previsión, perteneciente a las antiguas categorías de culpa. En efecto la distinción entre la previsión y la no previsión del evento, a nuestro juicio, no puede llevarse más allá de la diversa graduación de la negligencia, así por ejemplo en el caso del médico que procede a una transfusión sin conocimiento del grupo sanguíneo o factor RH, o en el del cirujano que opera a un hemofílico sin prever las consecuencias fatales que los factores mencionados pueden producir en su paciente, estamos en presencia de

---

676.- MAIORCA, Ob. cit. pag. 674-675

una culpa grave sin que haya previsión del evento, por lo que -- podemos concluir que lo que caracteriza a la culpa grave no es -- la falta de previsión, sino el haber faltado una diligencia que se considera normal en el caso concreto de que se trata (677).

El criterio de la diligencia es, pues, el único válido para la individualización de la culpa grave. Como hemos visto anteriormente, esa diligencia habrá de entenderse en abstracto, es decir, con referencia a un modelo de conducta que se determina según la diligencia media normal de las personas. Conforme a este criterio el grado de culpa será inversamente proporcional al de la diligencia empleada por el asegurado, es decir que una diligencia menor de lo normal corresponderá una mayor culpa. La culpa grave consistirá según esto, en la violación de la diligencia mínima que se debe poner en los negocios, entendiendo que la diligencia normal o media, que se corresponde con la noción de culpa leve, es aquella que emplea en sus negocios el buen padre de familia o el honrado comerciante. Cuando se infrinja pues aquella diligencia que todas las personas aún las no cuidadosas ponen en sus actuaciones estaremos en presencia de una culpa grave. Para saber lo que por diligencia mínima ha de entenderse podemos remitirnos a la definición del Digesto : "non intelligere quod omnes intelligunt"(678), o lo que es lo mismo no prever lo que todos preven.

---

677.- LA TORRE, Ob. cit., pag. 658

678.- DIGESTO 50, 16, 213, 2, 223.

Es dudoso también si este concepto de culpa grave puede aplicarse al derecho del seguro. Las vacilaciones se han planteado planteado por un sector de la doctrina al considerar de un modo especial las particularidades de este contrato, y resaltar que - la noción de culpa grave aplicable al mismo, deberá tener presentes los distintos intereses que concurren en el seguro, pues de otra forma será difícil su aplicación. Tratando de paliar en lo posible estas deficiencias, los esfuerzos de esta corriente doctrinal se han encaminado hacia la búsqueda de una definición de la culpa grave que sea exclusiva del Derecho del seguro. Nace - así la conceptualización de la culpa grave como la omisión de aquella diligencia que se habría empleado de no haber existido un - contrato de seguro (679).

Esta orientación, sin embargo, no ha sido bien acogida por la mayoría de la doctrina, que mantiene, en definitiva, la aplicación al seguro de los conceptos generales del Derecho civil, y sigue en materia de culpa grave el criterio de la diligencia propio de este derecho (680). Por otra parte, podemos también apreciar, que, en la definición propuesta anteriormente, se recurre

---

679.- VIVANTE, Ob. ult. cit., pag. 204; RICHARD-MAUCORPS, Traité de la responsabilité civile en matière d'incendie., Paris, 1.883, nº 132 y ss. Esta posición de la antigua doctrina ha sido seguida en nuestra patria por BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ Ob. cit. II, pag. 184

680.- Vid. La doctrina citada en la nota 386 de este trabajo, que aunque referida al dolo es de aplicación también al concepto de culpa.



también al criterio de la diligencia, aunque su determinación se realiza mediante la comparación entre la actuación normal y aquella otra en la que se obra consciente de la existencia de un seguro.

b). La culpa grave como riesgo asegurable. Crítica del aforismo "culpa lata dolo aequiparatur".

Así como hemos visto que se admitía unánimemente la posibilidad de garantizar mediante un contrato de seguro los riesgos derivados de la provocación de un siniestro por la culpa leve del asegurado, una vez superada la etapa histórica en la que solo se admitía el seguro de los riesgos procedentes de los accidentes naturales, la cobertura de la culpa grave ha planteado diversos problemas al enfrentarse con la vigencia doctrinal del aforismo "culpa lata dolo aequiparatur", que postula la asimilación de la culpa grave al dolo, y convierte a esta culpa en inasegurable por la aplicación del principio que declara nulo todo pacto o contrato que tiende a exonerar de la responsabilidad procedente de dolo ("ne dolus praestetur").

La equiparación de la culpa grave con el dolo aparece, como es sabido en diversos textos romanos (681), pero no ha gozado de un asentimiento general por parte de los comentaristas, dándose

---

681.- DIGESTO 32, 16, 3; 1, 55; 44, 7.- También DIGESTO 6, 50, 16 ya citado.

ademas la circunstancia de que los partidarios de la asimilación otorgaban distintos efectos al dolo y a la culpa grave (682). La doctrina pandectista, y la antigua doctrina civil, influenciadas en gran medida por una jurisprudencia equivocada, mantendrán la equiparación y no admitirán la exoneración de responsabilidad en los casos de culpa grave (683), pues, pese a no encontrar ninguna disposición legal en la que apoyarse, consideran vigente aquél principio general tomado del Derecho tradicional. En la moderna doctrina, si bien podemos decir que predomina, con carácter general, la posición contraria a la equiparación (684), sin embargo, continua manteniéndose aisladamente la vigencia del aforismo ro-

---

682.- Defendida la asimilación por la Escuela de los sabinianos fue rechazada por la Escuela de los proculeyanos (BEAUDONNAT, Ob. cit. pag. 116). Los orígenes, por otra parte del aforismo son también discutidos en la moderna doctrina romanista, llegándose a afirmar por la mayoría de los autores que no se trata de una regla contenida en los textos romanos sino de una regla de escuela (CIAN, Ob. cit., pag. 159 y ss.).

683.- Vid. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, I, Torino 1.925, pag. 346; DERNBURG, Pandette, II, Torino, 1.903, pag. 140 y ss. El principio de la equiparación es mantenido particularmente por la doctrina francesa, vid a este respecto DONEAU, Commentaires iuris civilis, LXVI, cap. VI, p. 2 y LABBE, Commentaire a Civ. 15 de mars 1.876, (S. 1876, 1, - pag. 337) citados por BEAUDONNAT, Ob. cit., pag. 116-117. - En Italia ha defendido también la asimilación ARANGIO RUIZ Lata culpa dolus est, Dizionario pratico del Diritto privato, III, 2, Milano, 1.932-34, pag. 145 y ss.

684.- Vid. Von GIERKE, Deutsches Privatrechts, II, München-Leipzig, 1.917, pag. 121 y nota 17. Vid BEAUDONNAT, Ob. y loc. ult. cit. y los textos de SAINCTELETTE, FROMAGEOT, TOLAIN y De COURCY allí citados.

mano en base a diversos criterios como por ejemplo el de la identidad conceptual, el de la imposibilidad de una separación entre el dolo y la culpa grave o bien el que propugna la presunción del dolo (685).

En el Derecho español, el tema de la equiparación entre la culpa grave y el dolo se ha planteado preferentemente desde el punto de vista de la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, aunque algunos autores se refieren a él también en el ámbito del seguro (686). Con anterioridad a la publicación del Código civil la jurisprudencia admitía la equiparación de la culpa grave con el dolo, como claramente se desprende de la sentencia de 2 de julio de 1.895, pero en la actualidad la doctrina se encuentra dividida, y junto a algunos autores que critican la vigencia del viejo aforismo (687), otros, en cambio, mantienen su aplicación, sustrayendo la responsabilidad

---

685.- La exposición de los distintos criterios puede verse en CIAN, Ob. cit. pag. 151; y también en GARCIA AMIGO, Ob. cit. pag. 145.

686.- GARRIGUES, El contrato...cit., pag. 284; LANGLE, Ob. cit. III, pag. 568; BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II, pag. 184; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., II, pag. 24.

687.- ALBALADEJO, Instituciones de Derecho civil, Barcelona 1961 pag. 566; CASTAN, Ob. cit., III, ed. 58, pag. 158; MANRESA Comentarios al Código civil español, VIII, 1, Madrid, 1950 pag. 195

por culpa grave del ámbito de la libertad contractual (688).

En la doctrina francesa, que es la que sin duda ha prestado una mayor atención a este tema, encontramos formuladas una serie de teorías que tratan de explicar la vigencia actual del principio de derecho que asimila la culpa grave con el dolo. La primera de ellas se basa en la identidad de los conceptos señalados, y encuentra su significación en el peculiar concepto de dolo elaborado por la doctrina francesa, que comporta entre sus características principales la intención de dañar; de este modo se convierte en una noción demasiado estricta que deja al margen infinidad de supuestos intencionales que no conllevan esa intención específica: el "animus nocendi". La culpa grave que, según esta concepción, comprendería los hechos intencionales y voluntarios pero desprovistos de la intención de dañar, sería pues considerada como una ampliación del concepto de dolo, y por eso asimilarse a éste en cuanto a su naturaleza y sus consecuencias (689). Fren

---

688.- VICENTE y GELLA, Convenciones de no responsabilidad, R.C.D.I. 1928, pag. 655; LANGLE, Ob. cit., III, pag. 24; GARRIGUES, Contratos bancarios, Madrid, 1.958, pag. 24. Recientemente siguiendo la opinión mantenida en Francia por SAVATIER. - (Droit des affaires, Paris, 1.962, pag. 420), se ha afirmado en nuestra doctrina que no es posible una convención - que exonere la responsabilidad derivada de una culpa grave no en base al aforismo que la asimila al dolo, sino porque las causas de atribución de la responsabilidad son materias de orden público negocial a las que es de plena aplicación el art. 1255 del Código civil (GARCIA AMIGO, Ob. cit., pag. 147).

689.- En este sentido: ROBLLOT, Ob. cit., pag. 5.



te a esta teoría se puede alegar que sería preferible proceder a una extensión doctrinal del concepto de dolo en lugar de amparar bajo otro término jurídico como el de la culpa grave, unas conductas claramente dolosas, y proceder luego a la asimilación de ese tipo de culpa con el dolo (690).

Otra posición tiene como fundamento la dificultad existente para la separación conceptual de los hechos dolosos y los debidos a culpa grave. Esta dificultad, a la que ya nos hemos referido, ha llevado a algunos autores a la equivocación, ya que no conceptual, si al menos práctica de ambos términos, atribuyéndoles las mismas consecuencias y efectos (691). Similar en cierto modo a esta opinión es la de aquellos que propugnan la asimilación del dolo y de la culpa grave a la vista de las dificultades de prueba de ésta última (692). En efecto una vez producido el siniestro es difícil de saber, y aun mucho más difícil probar, si el autor del hecho tenía intención de producirlo, o si, aunque no tenía intención, previó las consecuencias. Los defensores de esta posición afirman que será muy difícil aplicar la sanción prevista para el dolo si dejamos abierta la vía de la negligencia grave, pues

---

690.- JAMBU-MERLIN, Dol et faute lourde, Dalloz heb. 1.955 Ch. - pag. 89 y ss.

691.- ESMEIN en PLANIOL-RIPERT, Traité pratique de Droit civil - français. VI, Paris, 1.954, nº 379 ter.

692.- MAZEAUD, L'assimilation de la faute lourde au dol, Dalloz heb. 1.933, pag. 49 y ss. Seguido por GIORGI, Teoria delle Obligationi, II, Torino, 1.930, pag. 64.

la intención del sujeto, por pertenecer a la esfera anímica de éste, es casi imposible de demostrar. Por todo esto se propugna la equiparación, que consiste más bien en una presunción de que ha habido dolo, presunción que podrá ser destruida por el actor, demostrando que no tenía intención de producir el siniestro. La gravedad de un hecho culpable puede sin ninguna duda inducir al juez a determinar que hubo intención de causarlo, pero esto no equivale a admitir, con carácter general, una presunción de la existencia de dolo, sin tener para nada en cuenta la verdadera intención que motivó la acción del sujeto, pues lo contrario supone tanto como introducir un principio general que haría de la mala fe la regla general que se presume en todas las actuaciones, quedando la buena fe relegada al papel de una excepción, contrariando así los principios del derecho (693).

Por último se ha tratado de explicar la asimilación de la culpa grave al dolo desde el punto de vista del carácter reprochable de ambos tipos de conducta (694). La conducta gravemente culposa merece según esta interpretación la misma sanción que el dolo, porque la falta de diligencia es tan grande que se identifica casi con la intención. Esta posición se asemeja mucho a aquella otra que propugnaba la asimilación en atención a que se

---

693.- PICARD-BESSON, Traité...cit., II, pag. 62

694.- MAZEAUD-TUNC, Traité...cit., I, Paris, 1.957, pag. 474

derivaban de ambas las mismas consecuencias jurídicas. La base positiva para esta tesis se encuentra en el tratamiento similar que el legislador otorga al dolo y a la culpa grave en cuanto a sus efectos. Pero si bien el legislador puede considerar en algunos casos reprochables en la misma medida el dolo y la culpa grave, esto no quiere decir que identifique ambos conceptos; si así fuese, no cabría desligar nunca el tratamiento jurídico de ambas figuras, cosa que no sucede como puede verse en el mismo contrato de seguro en el que el dolo será siempre inasegurable pero la culpa grave podrá cubrirse mediando pacto expreso.

La equiparación del dolo y de la culpa grave no puede pues afirmarse pues para que pueda darse una asimilación entre dos conceptos distintos, se precisa que reunan unas características semejantes y una idéntica naturaleza jurídica, y esta identidad no está claramente demostrada. El dolo es, ante todo, un acto intencional que se realiza de mala fe, mientras que la culpa grave es solamente un error, una imprudencia que se produce sin la conciencia de que se puede causar un daño (695). El hecho de que algunas veces, tanto el dolo como la culpa grave produzcan los mismos efectos jurídicos, no quiere decir que sean equiparables, pues la equiparación exige una base mas amplia que no se da en ese caso. (696). La explicación de la identidad del tratamiento

---

695.- PICARD-BESSON, Traité...cit. II, pag. 62 y ss.

696.- CIAN, Ob. cit., pag. 150.

legal en cuanto a sus efectos jurídicos en algunos casos (697) - se encuentra en la finalidad de la norma que los equipara, que no es otra, a nuestro juicio, que la de proteger unos intereses para que no resulten dañados por la actuación del sujeto. Indudablemente cuanto mayor responsabilidad por sus acciones se impongan al sujeto, mejor será la protección acordada, por esto se establece en determinados casos la regla de la máxima diligencia - y como consecuencia se impone la misma sanción a quien obra con dolo o con culpa grave, pero eso no es obstáculo para que el criterio legislativo pueda ser variado en función de otros intereses, como sucede en el caso de un seguro de responsabilidad civil, en el que por exigencias de su propia naturaleza los límites se amplían hasta la cobertura de la culpa grave, incluso en países en cuya legislación de seguros incluyen disposiciones generales que proceden a la asimilación de los riesgos derivados de dolo - y de culpa grave a los efectos de su asegurabilidad (698).

Aplicando lo anteriormente expuesto al campo del seguro, habremos de concluir que el viejo aforismo no es jurídicamente exacto y que, destruido el argumento dogmático que servía de base a

---

697.- Vid. los arts. 144 y 333 del Código de comercio

698.- Vid. artículos 1.900 del Código civil italiano que se refiere al seguro en general en relación con el art. 1.927 - del mismo cuerpo legal que regula los seguros de responsabilidad.



la equiparación del dolo y de la culpa grave, solo queda en pié un criterio que lo justifique. Tratando de estimular la diligencia de los asegurados el legislador ha creído conveniente no permitir que estos puedan liberarse mediante un seguro de las consecuencias de su culpa grave, y por ello la declara inasegurable - junto con el dolo. Frente a este criterio de política legislativa se alza el de la seguridad del tráfico, que exige que se cubran por el seguro la gama mas amplia de riesgos que sea posible, lo que permite, en primer lugar, una mayor tutela de los intereses dañados, y al mismo tiempo una gran libertad en la actuación del asegurado al no tener que obrar condicionado por la preocupación del empleo de la diligencia que hoy resulta casi imposible utilizar incluso en los propios negocios (699).

Planteado así el problema nos queda por examinar la situación del Derecho español en cuanto a la asegurabilidad de la culpa grave. Nuestro legislador, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Comparado (700), no ha tomado claro partido por ninguno de estos dos criterios. En su momento vimos ya que nuestro Código de comercio no ofrece una regulación general de la culpa -

---

699.- DONATI, Trattato...cit., II, pag. 153

700.- En el Derecho comparado en torno a la garantía del riesgo de culpa se pueden contraponer el Derecho francés que permite la cobertura por el seguro de cualquier género de culpa del asegurado y el Derecho alemán que excluye de la garantía la culpa grave (vid. art. 12 de la Ley francesa y 61 de la Ley alemana de seguro). Como sistemas intermedios pueden citarse el Código civil italiano que aunque en prin  
./.

del asegurado como riesgo a cubrir por el contrato de seguro, y que de la interpretación sistemática de los preceptos del Código se llegaba a la conclusión de la admisión del riesgo de culpa entre los garantizados por el contrato, o al menos que los artículos del citado cuerpo legal no se oponían a su admisión. Sin embargo la extensión de la cobertura del seguro a la culpa grave del asegurado, y la no equiparación de los conceptos de dolo y culpa grave en cuanto a su tratamiento, no se presenta de un modo claro en nuestro ordenamiento mas que en el seguro contra incendios, pues según el art. 396, el seguro no cubre el delito del asegurado y garantiza, en cambio, la negligencia de este, sin determinar si debe tratarse de negligencia grave o leve. A la vista de este texto debemos pensar, en principio, que son asegurables todos los grados de la negligencia, pues de no ser así, el legislador habría aclarado este extremo o habría incluido la negligencia grave en el parrafo segundo del artículo entre los riesgos excluidos. A esta conclusión se llega también por la aplicación del principio general que señala que donde la ley no distingue no se debe entrar a distinguir. (701).

---

./.. cipio excluye de la cobertura la culpa grave del asegurado sin embargo permite el pacto en contrario (art. 1.900), y la Ley suiza que establece la graduación del importe de la indemnización a percibir por el asegurado según la gravedad de la culpa de éste (art. 14).

701.- Admiten la cobertura de la culpa grave en nuestro Derecho: BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 24; De BENITO, L., Ob. cit., III, pag. 467; SANCHEZ CALERO, Ob. cit., pag. 444; URÍA, Ob. cit., pag. 565; VICENTE Y GELLA, Derecho mercantil...cit., pag. 535.

Esta opinión no es, sin embargo, compartida por toda la doctrina, pues mientras algunos autores se limitan a criticar abiertamente o de una manera velada la postura del legislador al cubrir todo tipo de culpa por el contrato de seguro (702), otros niegan la posibilidad de que el seguro pueda garantizar la actuación del asegurado si encurre en negligencia grave (703).

Por lo que respecta a las demás modalidades del seguro hay que distinguir entre los seguros de vida y el resto de los ramos no regulados en el Código. En el seguro de vida la solución adoptada por el legislador es la exclusión del riesgo de muerte por culpa grave del asegurado salvo el pacto en contrario. En las demás modalidades del seguro la práctica de las compañías aseguradoras excluye normalmente de la cobertura los siniestros causados por la culpa grave del asegurado (704). Esta cláusula contractual tiene como finalidad el reforzar la diligencia de los asegurados y el evitar los riesgos de fraude que podrían producirse, sin embargo, en nuestra opinión, este objetivo se podría haber logrado acudiendo a otros procedimientos como por ejemplo a través del establecimiento de un descubierto obligatorio, o mediante la im-

---

702.- GONZALEZ DE ECHAVARRI, Ob. cit., IV, pag. 78 y ss.; BLANCO CONSTANS, Ob. cit., II, pag. 677.

703.- BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II, pag. 184; GARRIGUES El contrato...cit., pag. 215 y 183

704.- Vid. El condicionado de las pólizas de seguro citadas en la nota 632.

posición de una franquicia, que pondría a cargo del asegurado una parte de los daños causados por el siniestro (705), todo ello sin llegar a los extremos de la declaración de la inasegurabilidad - de este tipo de riesgos.

En nuestro Derecho, a la vista de que solo el dolo resulta legalmente excluido de la cobertura, y teniendo también en cuenta el principio general de la libertad contractual que se contiene en el art. 385 del Código de comercio, el único obstáculo que puede plantearse es el de la licitud del seguro de la culpa grave.

El seguro del riesgo derivado de una culpa grave del asegurado es, en primer lugar posible porque no supone la ruptura de la noción de riesgo. En el supuesto de que el siniestro sea causado por una negligencia grave del asegurado no se destruye la característica de la aleatoriedad propia de estos contratos, pues siempre queda una parte confiada al azar porque la producción de un siniestro no depende exclusivamente de la actuación negligente del asegurado, ni el riesgo produce necesariamente e inexora-

---

705.- Esta solución ha sido adoptada en nuestro país con respecto al seguro del automóvil en la llamada modalidad de seguro a todo riesgo, pues la franquicia aumenta también la prevención del asegurado, al hacerle responsable de un porcentaje de los daños, y además contribuye a reducir el importe de la prima del seguro que al cubrir todo tipo de riesgos suele resultar muy elevada.



blemente el siniestro (706). Tampoco podemos pensar que la cobertura de la culpa grave por un seguro sea contraria ni a la moral ni al orden público, porque solamente sería contrario a estos principios el que se produjera intencionalmente un daño para aprovecharse de su realización, percibiendo una indemnización a cargo del seguro. La garantía de un seguro de esta índole no serviría tampoco para favorecer las actuaciones negligentes del asegurado, cuando, como hemos visto, resulta en la actualidad muy difícil prestar la debida diligencia aun sin la presencia de un seguro. El seguro de la culpa grave no viene pues a facilitar la desidia del asegurado sino que antes bien refuerza la seguridad del tráfico al permitir que el interesado perciba una indemnización por todos los eventos no dolosos que puedan acaecer y, en algunos casos excepcionales como el del seguro del automóvil, incluso por los propios eventos dolosos (707). Por otra parte existen seguros, como el de responsabilidad civil, cuya finalidad es precisamente el cubrir o garantizar la responsabilidad del asegurado por sus propios actos negligentes (708).

---

706.- PICARD-BESSON, Traité...cit., II, pag. 63

707.- Vid. GARRIGUES, El contrato...cit., pag. 494; BARREIRO, Comentarios sobre el seguro obligatorio de vehículos de motor Madrid, 1.965, pag. 290; BENITEZ DE LUGO REYMUÑO, El seguro obligatorio de vehículos de motor y su proyección indemnizatoria, Madrid, 1.965, pag. 31; MARTI, L'assicurazione obbligatoria automobilistica in Spagna, Ass. 1.964, pag. 355

708.- GARRIGUES, Ob. ult. cit., pag. 430; URIA, Ob. cit., pag. 584 En la doctrina extranjera: JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pag. 53 y ss.; PALERMO, L'assicurazione di responsabilità civile Napoli 1.969, pag. 216; VITERBO, Ob. cit., pag. 129; PICARD-BESSON, Traité...cit., III, pag. 301.

La influencia del orden público en el ámbito del contrato - de seguro queda pues reducida al mínimo al excluirse solamente - el dolo entre los riesgos debidos a la voluntad del asegurado. - La validez del seguro de la culpa grave debe pues ser afirmada - desde el punto de vista de la causa del contrato, pues la asun - ción de dicho riesgo por el asegurador no supone ningún pacto con - trario a la ley, que implícitamente admite su validez, ni tam - po opuesto a la moral ni al orden público, pues no hay en el au - tor del siniestro intención de lucrarse con la indemnización, ni se facilita mediante el seguro la realización de actos negligentes.

### c) Naturaleza de la culpa grave

Admitida la licitud del seguro de la culpa grave, solo queda por examinar la posición distemática que la misma debe ocupar dentro de la teoría del riesgo en el contrato de seguro.

Indudablemente y al igual que sucede en el caso del dolo, - se trata de una delimitación causal subjetiva del riesgo (709). La diferencia con el dolo, sin embargo, se encuentra en que mien

---

709.- BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 286; PICARD-BES-  
SON, Les assurances...cit., pag. 99; DONATI, Ob. cit. II, -  
pag. 147 y 150; BANFIELD, Ob. cit., pag. 66; BRUCK, Ob. cit.  
pag. 649; PROELSS, Ob. cit., 15 ed., pag. 265; Van RYN-HEENEN,  
Ob. cit., IV, pag. 14 y 15; CARTON DE TOURNAI - Van der -  
MEERSCH, Ob. cit., I, pag. 30.

tras que éste es un riesgo delimitado legalmente y por su propia naturaleza inasegurable, la culpa grave, en nuestro ordenamiento tiene el caracter de una delimitación causal convencional, es de cir establecida por acuerdo de las partes y con el alcance que éstas mismas quieran fijarla. El fundamento de la delimitación causal del riesgo se encuentra en el principio de la individualización del riesgo asegurable, consistente en que el asegurador solo asume unos riesgos perfectamente determinados. La realización de esa fijación del riesgo que será garantizado por el contrato se efectúa a través del acuerdo contractual entre el asegurador y el asegurado, aunque como hemos visto es frecuente que aquella sea hecha unilateralmente por el asegurador al incluir en las pólizas unos riesgos y excluir otros según las distintas causas que los producen, o según el tiempo o el lugar en que se verifican. Entre las delimitaciones que se refieren a los eventos que las producen (causales), debemos destacar aquellas que tienen su origen en la conducta del propio asegurado (subjetivas). A este grupo de causas pertenece la provocación del siniestro por la culpa o negligencia grave del asegurado.

Esta caracterización de la culpa grave entre las causas subjetivas de determinación del riesgo no significa el que deba atribuirsele a ésta el caracter de riesgo inasegurable, sino que se trata de un riesgo que las partes deciden que sea o no sea asumido por el contrato, lo cual convierte a la culpa grave en un riesgo asegurable en principio, pero que solo quedará efectivamente garantizado por el seguro si en la póliza no se excluye de la cobertura.

## 5.- Efectos juridicos de la culpa en el contrato de seguro

La ausencia de una normativa general sobre la culpa en nuestro sistema juridico de Derecho del seguro conduce a la conclusión de que no se trata en este caso de un riesgo cuya asegurabilidad o inasegurabilidad este determinada legalmente, salvo en algunos ramos expresamente mencionados en el Código en los que se declara expresamente esta condición (la asegurabilidad de la culpa en el seguro de incendios, art. 396; y la inasegurabilidad salvo pacto, en el seguro de vida, art. 424). Las consecuencias juridicas que produce la actuación negligente del asegurado en orden a la provocación del siniestro, dependerán de un lado del grado de culpa que concorra, y de otro de la naturaleza que se le atribuya a ésta.

La calificación de la culpa del asegurado como una de las causas de determinación subjetiva del riesgo asegurado por el contrato, indica claramente que se trata de una materia sometida a la libertad contractual y que, por consiguiente serán las partes intervinientes en el contrato las que deberán fijar los efectos de la misma. Como regla general se admite normalmente la cobertura por el seguro de la culpa leve del asegurado, incluso en los supuestos de silencio contractual, es decir, cuando no media pacto expreso entre las partes sobre su garantía (710).

---

710.- GARRIGUES, El contrato...cit., pag. 182; SANCHEZ CALERO, - Ob.cit., pag. 444; URÍA, Ob. cit. pag. 565



En cuanto a la culpa grave se establece de ordinario que el asegurador quedará liberado de su obligación al pago de la prestación indemnizatoria si expresamente se acordó en el contrato la exclusión de este riesgo. En el caso de que exista pacto sobre la garantía de la culpa el seguro cubrirá tanto la culpa leve como la culpa grave del asegurado (711). Esta última opinión no es admitida de un modo unánime por la doctrina, pues algunos auto-res opinan que la culpa grave del asegurado queda siempre excluida de la cobertura del contrato de seguro, aun cuando nada se diga en las pólizas, por ser su naturaleza contraria al seguro (712), mientras que otros exigen la presencia de un pacto especial para admitir su cobertura (713). Estas posiciones contrarias a la opinión mayoritaria y actualmente dominante se basan fundamentalmente en la admisión de la subsistencia del principio "culpa lata dolo aequiparatur" en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

La exclusión convencional de la culpa grave plantea, por otra parte el problema de la prueba de la existencia de la misma. La cuestión de la prueba puede ser mirada desde dos puntos de vista diferentes: de un lado, nos encontramos con la dificultad

---

711.- BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 287; URÍA, Ob. y loc. ult. cit., en base al argumento de que en el art. - 396 del Código de comercio se habla de negligencia sin entrar a distinguir su grado.

712.- BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II, pag. 184

713.- LANGLE, Ob. cit., III, pag. 568.

de determinar la gravedad de la infracción, y de otro con el problema de la atribución de la carga de la prueba. La determinación de si existe o no una culpa grave en la actuación del asegurado es una cuestión compleja, y la mayoría de las veces será muy difícil su prueba, aunque resulte facilitada por la apreciación - que los tribunales pueden realizar de las circunstancias concretas concurrentes en el caso (714). En cuanto a la carga de la prueba, al ser la culpa grave un hecho impeditivo que no permite el ejercicio del derecho del asegurado a la indemnización, en el caso de que así se haya determinado por el contrato, corresponde al asegurador el aportarla, siendo de aplicación a este supuesto, por su similitud, todo cuanto expusimos acerca de la prueba del dolo.

En relación con la determinación de la existencia de la culpa se plantea también la cuestión de la influencia de una sentencia penal sobre la culpa civil del asegurado. Si bien se ha postulado en la doctrina la independencia de las jurisdicciones, lo cierto es que la sentencia penal habrá de ser tomada en cuenta - por el juez civil para que no se produzca una contradicción entre

---

714.- En la doctrina: BLANCO CONSTANS, Ob. cit., II, pag. 677; - BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., I, pag. 24; BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II, pag. 184. Este criterio ha sido mantenido también por la jurisprudencia; vid. las sentencias de 17 de noviembre de 1.925, 12 de diciembre de 1.931, 12 de febrero de 1932 y 31 de diciembre de 1.932. - La sentencia de 10 de julio de 1.943 establece la distinción entre el daño producido y la acción u omisión que lo origina que es cuestión de hecho, y de otra, la valoración jurídica de esa misma acción u omisión como constitutiva -

lo actuado por ambas jurisdicciones (715). Por consiguiente una condena en juicio penal por dolo, supondrá la existencia de un dolo civil pues aquél es comprensivo de éste, y no dará lugar a la reclamación de una indemnización. Si el tribunal penal absolviera al reo por inexistencia del hecho imputado, tampoco cabrá plantear una reclamación en vía civil. Pero si la condena es por culpa, no vinculará al juez en cuanto a su apreciación; así pues cabe que pese a un delito culposo el juez civil no encuentre motivos para declarar al sujeto responsable civilmente, con lo que no resultará liberado el asegurador. Inversamente, la no existencia de culpa penal no presupone que deba abandonarse la posibilidad de la existencia de una culpa civil (716).

En relación con la carga de la prueba se discute la validez

- 
- ./ de culpa que es tema de Derecho, discutible al amparo del nº 1 del art. 1692 de la L.E.C.. Vid. También las sentencias de 30 de junio de 1.954 y 22 de diciembre de 1.954.
- 715.- VIVANTE, Il contratto...cit., I, pag. 206. En nuestro Derecho puede verse COSSIO, El dolo...cit., pag. 179 y ss. ; - QUINTANO RIPOLLES, Seguros y responsabilidades civiles delictuales, R.D.P. 1.961, pag. 5 y ss.
- 716.- DONATI, Ob. cit., II, pag. 154; SANTOS BRIZ, Ob. cit., pag. 656. También las sentencias civiles de 2 de enero de 1.932, 13 de noviembre de 1.934 y 19 de febrero de 1945, en las que se reconoce que la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos en vía civil, y también las sentencias de 2 de julio de 1.965, 16 de abril de 1.968 y 6 de noviembre de 1.969. Si la sentencia penal es condenatoria tendrá carácter definitivo lo resuelto en ella a efectos civiles. Véase sentencias penales de 9 de febrero de 1.961 y 21 de junio de 1.966, y civiles de 14 de febrero de 1.961, 9 de junio de 1.969 y 2 de octubre de 1.969.

del pacto contractual que invierte la carga de la prueba haciendo la recaer en el asegurado. Esta cuestión que se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la responsabilidad civil por culpa extracontractual, encuentra su fundamento en los artículos 1.903 y siguientes del Código civil en los que expresamente se consagra este principio, pues los padres, tutores, dueños de fábricas, maestros, el Estado y los propietarios en general responderán por los daños causados por las personas y las cosas que estén a su cargo, a no ser que prueben que emplearon la debida diligencia para evitar los daños causados (717). Nos parece no obstante que es difícil admitir la validez del pacto, en primer lugar, porque según se desprende de la doctrina, la inversión de la carga de la prueba establecida por el Código civil se implanta, de una parte en atención a unos sujetos que están especialmente predispuestos a la realización de daños como sucede con los menores de edad, discípulos, dementes y aquellas otras personas que no han de responder por si mismas (art. 1903 del C. civ.); y de otra en consideración a una serie de actividades que encierran una gran peligrosidad (art. 1908 del mismo Código). Se trata pues en estos casos de equilibrar esta peligrosidad que puede traducirse en una mayor producción de daños, con el aumento paralelo de la diligencia exigida a las personas a cuyo cargo se ha-

---

717.- Sobre la inversión convencional de la carga de la prueba - en el seguro puede verse: MARINELLI, Sul regime convenzionale dell'onera della prova del sinistro, Ass. 1.948, II - pag. 89. PERROT, La charge...cit., pag. 23 y ss.; PALERMO, Ob. cit., pag. 170.



llan los autores del daño o los objetos productores del mismo (718).

De este modo, no existiendo un sistema de responsabilidad objetiva que garantice a la víctima, los daños sufridos, sino - que al contrario, se exige en nuestro ordenamiento la presencia de una culpa para el nacimiento de la acción de responsabilidad, se alivia la posición del dañado mediante la inversión de la - carga de la prueba. Esta teoría ha sido recogida por nuestra ju risprudencia en diversas sentencias en las que se sienta el cri terio de que "si bien la responsabilidad objetiva en los atrope llos causados por automoviles no está consagrado en nuestras Le yes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente - un hecho que por si solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación - de desvirtuar la presunción bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño - había procedido con la diligencia y el cuidado debidos, según - las circunstancias, y que siempre que el perjudicado contribuye a la realización de los hechos, es obligado a efectos compensa torios determinar quien es responsable del acto u omisión que - revistan mayor preponderancia" (719). Así pues, la inversión de

---

718.- De CUPIS, Il danno...cit., I, pag. 175; MICELLI, Ob.cit. pag.207

719.- Vid. las sentencias de 10 de julio de 1943, y también las de 23 de diciembre de 1.952 y 24 de marzo de 1953.

la carga de la prueba ha de ser considera en nuestro Derecho como una excepción, pero, además, en segundo lugar, la inversión de la carga de la prueba debe prohibirse en todos aquellos ca - sos en que se dificulte o se trate de impedir que pueda el perjudicado o el actor hacer uso de su derecho, como sucedería en el caso del seguro, en el que no justificándose la inversión - por una especial peligrosidad, recaerían sobre el asegurado las consecuencias jurídicas del siniestro siempre que las causas - del evento no aparecieran claras (720). El seguro se haría así excesivamente gravoso para el asegurado, pues conocida es la dificultad de la prueba de que el siniestro se realizó sin la intervención del asegurado.

Finalmente, si se produce el siniestro por culpa grave del asegurado, y este es por su naturaleza repetible, el seguro continuará en vigor, a no ser que el asegurador ejercite la facultad de rescindir el contrato, que el art. 414 del Código de comercio le concede, como hemos visto, de un modo indiscriminado en todos los casos en que se produce el siniestro y no solo en aquellos en los que se dió una falta de diligencia del asegurado contraria al principio de la buena fe que debe presidir este contrato. Si el evento no fuera repetible el contrato se extinguiría por cesación del riesgo. En ambos casos el asgurador hará suyas las primas correspondientes al período de riesgo en curso.

---

720.- Sobre desplazamiento de la carga de la prueba vid. : CASTAN, Ob. cit., IV, Ed. 58, pag. 851; PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Ob. cit., II, 2 pag. 643 y sentencia de 10 julio 1943.

6.- La culpa penal. El riesgo anormal. El ilícito permanente.

a) El seguro de la culpa penal. Al abordar el tema del seguro de la culpa se ha planteado el tema de la posibilidad de asegurar las consecuencias derivadas de una infracción penal culposa. ¿Es posible este seguro frente a una conducta criminal de una persona aun cuando sea culposa?. La cuestión solo podrá discutirse desde el punto de vista de las consecuencias civiles derivadas de la actuación delictiva, pues las consecuencias penales aunque solo tengan un carácter pecuniario, como sucede en el caso de las multas, no son en modo alguno asegurables, como ya hemos indicado, rige para ellas el principio de la personalidad de las penas, y por consiguiente, éstas estarán siempre a cargo del asegurado (721).

Reducido pues el ámbito del seguro de la culpa penal a las consecuencias civiles de los delitos, podemos también preguntarnos si dichas consecuencias son asegurables. La respuesta ha de ser también negativa por lo que se refiere a los delitos dolosos, pues el seguro, en ningún caso puede garantizar los efectos de los actos realizados por el asegurado de un modo intencional o malicioso, sean o no delictivos. La prohibición del seguro de los hechos intencionales comprende tanto el dolo civil como el penal.

---

721.- HEMARD, Ob. cit., II, pag. 202; QUINTANO RIPOLLES, Seguros responsabilidades civiles delictuales, R.D.P., 1.961, pag. 3

La Ley penal sanciona, sin embargo, al lado del dolo una serie de conductas imprudentes. La imprudencia temeraria está constituida por la omisión de las precauciones más elementales, se trata de una acción u omisión voluntaria que de haber sido realizada con malicia constituiría delito, y que se caracteriza por aquella falta de cautela que incluso la persona más descuidada pone en sus negocios (art. 565 párrafo 1º del Código penal). La imprudencia simple consiste en la omisión de la diligencia media acostumbrada en una esfera de actividad; si mediara malicia o intención de producir el resultado sería también constitutiva de delito o falta (art. 586 nº 3 y 600 del Código penal). La imprudencia simple con infracción de reglamentos es una imprudencia equivalente a la anterior a la que se añade el requisito de la infracción de una disposición legal; se da este tipo de conducta cuando el sujeto no ha previsto al infringir el reglamento el suceso dañoso (art. 565 párrafo 2º del Código penal). Por último se regula en el Código la imprudencia o negligencia profesional (art. 565 párrafo 5º) pero solamente se sanciona cuando el resultado de la misma consista en la producción de muerte o lesiones graves a otra persona (722).

Las consecuencias civiles de estos tipos de conductas culposas podrán ser aseguradas por la misma razón que se permite el seguro de la negligencia del asegurado. Si, como hemos visto,

---

722.- Vid. en general, CUELLO CALON, Ob. cit., I, pag. 452



la exclusión del riesgo de dolo alcanza también al dolo penal, no existe ningún obstáculo para que de modo inverso la admisión del seguro de la culpa se extienda también a la imprudencia penal sea constitutiva de delito o falta (723). La admisión de la cobertura de los riesgos derivados de una culpa penal es tan evidente que difícilmente serían explicables en el caso contrario, algunas modalidades de seguro, como el de accidentes de caza o el de los accidentes de automovil, que precisamente tratan de garantizar a los asegurados contra las consecuencias de esta negligencia. Por otra parte, el hecho de impedir la cobertura de los riesgos derivados de una infracción de las leyes o reglamentos haría inviable la práctica de determinadas modalidades del seguro, pues el asegurador se liberaría siempre, incluso de las faltas leves, que a menudo son el resultado de la inobservancia de una disposición legal (piensese por ejemplo en el Código de la circulación, y los siniestros derivados de sus infracciones) (724).

La no cobertura de los efectos civiles de la culpa penal ha venido determinada, en algunos casos, por el equívoco que resulta de la diferente terminología empleada por el Derecho civil y el Derecho penal, pues el término delito es comprensivo tanto

---

723.- PICARD-BESSON, Traité...cit., II, pag. 52

724.- PICARD-BESSON, Traité...cit., I, pag. 453.

de las acciones dolosas como de las imprudentes, y al excluir - del ámbito del contrato el delito del asegurado, se ha pensado que la inasegurabilidad alcanzaba también el delito imprudente (725). Por todo ello parece más correcto excluir el dolo del - campo del seguro, dejando con ello la puerta abierta a la posibilidad de la cobertura de la culpa penal, tal como hemos venido propugnando.

Esta interpretación, es sin embargo contraria al tenor literal del art. 396 párrafo 2º del Código de comercio, que libera al asegurador en el caso de que el siniestro haya sido causado por el delito del asegurado, aunque, como hemos visto, el - término delito empleado por el legislador no se utiliza en su - verdadero sentido técnico, sino como sinónimo de dolo. La póliza española de seguro contra incendios, siguiendo el tenor literal del mencionado precepto, excluye los daños causados por el delito del asegurado o por la imprudencia del mismo constitutiva de delito, cubriendo pues solamente la imprudencia penal constitutiva de falta. Esta estipulación, que sin duda favorece a - los aseguradores al liberarles de su obligación en el caso de - imprudencia delictiva, puede no obstante mantenerse, pero no en base a que la imprudencia penal se equipara al dolo (726), ni -

---

725.- GARRIGUES, Curso...cit., II, pag. 306

726.- BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Ob. cit., II, pag. 184

en base al texto del art. 396, sino como una delimitación causal subjetiva del riesgo que establece el asegurador.

También es posible el seguro de la responsabilidad que se deriva de la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales que se provocan por una negligencia profesional. Este seguro de responsabilidad garantiza al suscriptor del mismo frente a la responsabilidad que se le imputa por el ejercicio de su profesión de un modo negligente o por los errores en los que pueda incurrir. Este seguro cubre, en principio, la responsabilidad derivada de la negligencia personal, pero nada se opone a que pueda extenderse también a los errores o a la negligencia en que pueden incurrir los colaboradores (727). En cuanto a los daños cubiertos, en primer lugar hay que decir que este seguro alcanza solo los daños causados a terceras personas, clientes del asegurado quedando excluidos los que se puedan causar a familiares, colaboradores, criados y asalariados. En segundo lugar solo se garantizan los daños causados en el ejercicio de la profesión tal como ella ha sido precisada por la cualificación del asegurado. De este modo se excluyen los daños que se causan en otras actividades e incluso los causados en actividades accesorias a la principal declarada en el seguro. Las modalidades más

---

727.- PICARD-BESSON, Traité...cit., III, Paris, 1.943, pag. 428; DURANTE, La responsabilità del professionista e la sua assicurazione, Milano, 1.970, pag. 117 y ss.

frecuentes de estos seguros alcanzan a las profesiones de médicos, cirujanos, dentistas, farmaceuticos, notarios y abogados (728).

b) El riesgo anormal. Se trata de una nueva categoria de riesgos que ha sido propugnada fundamentalmente por un sector de la doctrina italiana, u que ha motivado una ardua polémica en el citado pais. La aparición de este nuevo concepto se debe a DURANTE que ha tratado de delimitar su noción y de darle una autonomía dentro de las categorías de riesgos ya conocidas: el riesgo asegurado, inasegurable, excluido y agravado (729).

La definición del riesgo anormal es difícil de encontrar entre los autores que mantienen la autonomía de esta categoria de riesgo (730). Sin embargo, podemos señalar que mediante la

---

728.- Vid. PICARD-BESSON, Ob. ult. cit., pag. 429; DURANTE, Ob. cit., pag. 216 y ss.; JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pag. 91 y ss.; SANTOS BRIZ, Ob. cit. pag. 619

729.- DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, Milano 1955; DURANTE, Aggravamento, rischio escluso e rischio anormale nell'assicurazione de responsabilità, Ass. 1.959, I, pag. 456; Del rischio anormale nell'assicurazione di responsabilità, VII Convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano, 1.965. Seguido por : RUSSO, Anormalità del rischio nell'assicurazione della R.C., VII Convegno cit.; BOCCA, Rischio aggravato, non assicurato e non assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile, II Convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano 1959 pag. 249. Con anterioridad al planteamiento del tema en el seguro la doctrina francesa se había ocupado del tema de los riesgos anormales, pues la jurisprudencia de ese pais exigía la existencia de un riesgo anormal para dar cabida a una responsabilidad objetiva (vid. HENRIOT, Le dommage anormal, Paris, 1.900)

730.- GASPERONI, Tesi anomale e rischi...anormali nell'assicura ./.



institución del riesgo anormal se trata de expresar un concepto de irregularidad o excepción frente a una situación normal que es según estos autores la garantizada por el contrato (731).

Desde un punto de vista sistematico, la cuestión de la anomalía del riesgo debe encuadrarse en la teoría general del contrato de seguro pues se refiere a un elemento esencial del mismo como es el riesgo. Se trata, sin embargo, de un tema que solo se plantea en el seguro de responsabilidad civil, y más concretamente en su modalidad de seguro del automóvil, quizá por influencia del concepto penal de peligrosidad pues la inclusión de la culpa grave entre los riesgos que garantiza el contrato de seguro hace mas necesaria su delimitación para excluir determinadas conductas que encierran una gran peligrosidad en cuanto a la producción de siniestros. Por estas razones se ha tratado de dar una autonomía a esta categoría de riesgos, lo que permitiría un diverso regimen jurídico diferente del de la culpa, - que conduciría a la liberación del asegurador, aunque nada se dijera en la póliza, por estos riesgos que se deben a conductas no contempladas por el contrato, como son el conducir sin carnet, en estado de embriaguez, o sin gafas cuando se está obligado a hacerlo.

---

./.. zione, Studi in onore di A. DONATI, Roma, II, pag. 346 y 347, Año, 1.970

731.- Vid. POGGI, Consumitivo sulla questione del rischio anormale, Ass. 1.966, I, pag. 240; COLASSO, Note sulla questione del rischio anormale, Dir. prat. ass. 1.967, pag. 171.

El riesgo anormal, en opinión de DURANTE (732), no tiene nada que ver con la anormalidad de la conducta que lo produce, - pues aunque deriva de una actividad culpable, la anormalidad le viene dada por las características específicas de la clase de riesgo a que pertenece. El riesgo es pues anormal, no por la licitud de la conducta, ni por haberse producido un cambio en la situación del riesgo (riesgo agravado), sino en base a una delimitación del riesgo tácita, que señala que al hablar de riesgo cubierto por un seguro se trata de un riesgo normal.

La autonomía de la categoría ha sido resueltamente afirmada por GERI, que defiende el riesgo anormal como "aquel que deriva de una situación causal imprevista o imprevisible, esto es atípica, la cual, al unirse a la normal situación de riesgo prevista por los contratantes adquiere una fisonomía propia al margen del contrato" (733). Esta autonomía no ha sido admitida pacíficamente por la doctrina, que unas veces la rechaza pensando que se trata de un particular tipo de riesgo agravado que determina la no cobertura (734), y otras, en base a que se trata de un concepto vago e indeterminado, pues si el seguro de responsabilidad cubre siempre conductas anormales, será difícil pensar

---

732.- DURANTE, L'assicurazione...cit., Milano, 1.958 (2ª ed.) - pag. 58

733.- GERI, L'anormalità del rischio nelle assicurazioni della R.C., VII Convegno cit. pag. 119.

734.- PEYRON, Anormalità del rischio R.C., Ass. 1.964, II, 2 pag. 277; PASANISI, Aggravamento del rischio, II Convegno cit., pag. 115.

en un riesgo excluido derivado de su anormal peligrosidad (735).

La cuestión de la autonomía puede ser planteada desde dos puntos de vista. En primer lugar, como significativa de un diverso regimen jurídico que se propone para el riesgo anormal, en cuyo caso es muy difícil considerar que verdaderamente existe esta autonomía, porque, si bien el riesgo anormal se diferencia del riesgo agravado en que al ser un riesgo distinto no cabe hablar de un aumento con respecto al riesgo normal, es, sin embargo, similar al riesgo excluido pues ambos producen las mismas consecuencias (736). También cabría hablar de autonomía en cuanto que se trata de una categoría conceptual de riesgo, diferente de las otras reconocidas por la doctrina, pero para ello es preciso demostrar cual es la base diferenciadora de este tipo de riesgo. La cuestión se presenta complicada pues este riesgo se reconduce siempre a la voluntad de los contratantes como único criterio para determinar la anormalidad del mismo; es difícil así afirmar su autonomía pues para ello habrá que encontrar un fundamento que determine la tácita exclusión del riesgo anormal.

Reflejo de la dificultad expresada son las variadas posicio

---

735.- ANGELONI, Assicurazione di R. C., Enc. del Diritto, III, Milano, 1.958, pag. 559.

736.- POGGI, Ob. cit., pag. 257-258.

nes elaboradas sobre el fundamento de la anormalidad del riesgo. Se ha dicho, en primer lugar, que la normalidad del riesgo, podría ser un presupuesto o una presuposición de la voluntad de las partes que condicionaría la eficacia del negocio (737). Esta posición carece sin embargo, de base pues al tratarse de un elemento esencial del contrato, las consideraciones que sobre él se hagan, vendrán determinadas por los límites propios del contrato y no por los motivos que inspiraron a las partes. El problema, bien hace referencia a uno de los elementos esenciales del contrato, bien queda reducido a la interpretación de la voluntad declarada por las partes.

Otra posición funda la exclusión del riesgo anormal en el hecho de que rompería con la equivalencia de las prestaciones contractuales su cobertura por el seguro (738).; pero nos parece que admitido el seguro de la culpa grave no tiene sentido hablar de que una conducta anormal destruiría el equilibrio citado.

Según la teoría de la ilicitud de la causa del contrato, que otros autores propugnan, el riesgo anormal quedaría comprendido en aquella al ser su cobertura contraria a la moral y al -

---

737.- DURANTE, L'assicurazione...cit., pag. 59; GERI, Ob. y loc. ult. cit.

738.- DURANTE, Tentativi di definire l'anormalità del rischio - Resp. civ. e prev. 1.962 pag. 121.



orden público (739), pero tampoco creemos que esta posición pueda ser defendida, pues el dato de que la cobertura de este riesgo favorecería las conductas negligentes del asegurado, no puede ser considerado como atentatorio contra la noción de orden público, como ya hemos indicado al tratar del seguro de la culpa.

Se ha buscado también el argumento de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales (740), pero lo cierto es que para afirmar que se ha procedido de mala fe, antes es preciso demostrar que se trataba de una conducta excluida por el contrato, con lo que nuevamente volvemos al punto de partida.

Por último se ha afirmado que la normalidad del riesgo sería una premisa legal de cuyo cumplimiento dependerían los efectos del contrato (741). Sin embargo esta afirmación puede también ser rechazada pues precisamente le falta la base positiva, y si en algunos supuestos nos encontramos con una premisa legal, el riesgo derivado de su infracción se consideraría un caso de

---

739.- GERI, Ob. cit., pag. 106 y ss.

740.- MANTOVANI, Assicurazione di R.C. e guida senza occhiali, - Ass. 1.965, II, 2 pag. 21.

741.- DURANTE, Aggravamento... cit., pag. 458-459; BOCCA, Gli elementi del rischio nell'assicurazione di R. C. Ancora della ubriachezza nella guida dell'auto., Dir. prat. ass. 1.964 pag. 412.

actividad ilícita pues el siniestro se produce con ocasión de - ésta (742).

Rechazadas las posiciones anteriores, solo queda reconocer que la categoría del riesgo anormal ha surgido por la peligrosidad que encierran una serie de conductas (embriaguez al volante, conducción sin carnet, etc.) que deberían quedar al margen del seguro, pero que, a falta de estipulación contractual, y a la vista de una deficiente determinación de lo que por culpa grave debe entenderse, serán cubiertas por el seguro. Pero esta falta de especificación no puede motivar una autonomía o un diferente trato para una serie de riesgos derivados de conductas culposas, pues no cabe duda que la falta de previsión que estas conductas encierran o la infracción de alguna disposición legal que en ellas se contienen, son, como hemos visto, integrantes del concepto de culpa (743).

Este mismo tratamiento sería el que se impondría en el Derecho español, al constituir estas conductas que configuran el riesgo anormal, delitos o faltas sancionados por la Ley de uso y circulación de vehículos de motor y actualmente por el Código penal. Desde el punto de vista de este ordenamiento el riesgo anormal debe situarse pues entre las conductas peligrosas que sancionaba la Ley del automóvil, y la explicación de su encu-

---

742.- POGGI, Ob. cit., pag. 279

743.- LA TORRE, Ob. cit. pag. 681 y 682

dramiento en la noción de culpa vendría dada por la expresión - "temeridad manifiesta" que es la que la Ley utiliza para referirse a dichas conductas (744). Por lo tanto los efectos del llamado riesgo anormal, como por ejemplo, la conducción sin carnet o la ebriedad al volante, serán los mismos que hemos atribuido a la culpa penal en su relación con el seguro.

c) El ilícito permanente. En los seguros de responsabilidad se ha planteado recientemente también, la cuestión relativa a una nueva figura de riesgo: el ilícito permanente. Por ilícito permanente se entiende la violación constante de una norma de conducta que puede llevar a la producción de un siniestro, o como dice GERI, "La persistencia intencional de una conducta conscientemente antijurídica (745). Así por ejemplo se dará una conducta de este tipo en el caso del enfermo alcohólico que conduce habitualmente pese a su enfermedad crónica, o en el caso de aquella persona que a sabiendas utiliza un aparato en mal estado, como un vehículo de motor sin luces o con los neumáticos gastados.

Ante esta nueva figura podemos preguntarnos, como lo hacemos en el caso anterior, si esta construcción tiene alguna uti-

---

744.- BARREIRO, Trascendencia del riesgo anormal en la circulación, Rev. de Derecho de la circulación 1.964, 9, pag. 529 y ss.

745.- GERI, In tema di illecito permanente nelle assicurazioni di responsabilità civile, Ass. 1.967, 1, pag. 115.

lidad en el ámbito del seguro como categoría autónoma de riesgo, o por el contrario, quedará subsumida esta conducta entre los riesgos agravados, o bien dentro de los supuestos de actividad ilícita o de conducta culposa del asegurado. La respuesta se podrá hallar en los caracteres que integran la noción de ilícito permanente, que como veremos, la diferenciará de la actividad ilícita y del riesgo agravado, aunque, sin embargo no aparezca demasiado claro que deba darse a este tipo de riesgo un tratamiento diferente al de la culpa del asegurado, en lugar de encuadrarlo dentro de ésta.

De la actividad ilícita se diferencia en su carácter culposo; mientras que aquella conlleva un matiz intencional, en el caso del ilícito permanente se trata de una negligencia continuada. Del riesgo agravado se diferencia en que la persistencia de la conducta no supone, sin embargo, una estabilidad, pues el peligro no es constante en el caso que nos ocupa sino que varía según la voluntad del asegurado.

Afirmada de antemano su naturaleza en cierto modo antijurídica, el ilícito permanente se caracteriza fundamentalmente por un elemento objetivo de naturaleza temporal y por un elemento subjetivo centrado en la voluntad del sujeto (746). El elemento objetivo consiste en que la actividad ilícita de la que se trata no ha de ser meramente ocasional sino antes bien, duradera,

---

746.- GERI, Ob. cit., pag. 119



es decir, debe tratarse de una conducta repetida. El elemento - subjetivo estriba en la actitud persistente del sujeto de seguir realizando la actividad de que se trata. El asegurado en este - caso sabe que está realizando una conducta contraria al derecho que previsiblemente causará un siniestro, que no quiere que se produzca pero, que pudiendo evitarlo, no lo hace y persiste en su conducta.

Se trata pues de una conducta culposa, pero la persisten - cia en la misma la diferencia de la conducta negligente normal, y este hecho diferenciador es el que lleva a la doctrina a atri - buirle unas consecuencias jurídicas diferentes. Así por ejemplo en el caso de un conductor que no revisa si sus luces o sus fre - nos están en buen estado, antes de lanzarse a la carretera esta - mos en presencia de un caso de culpa, pero si sabe que las lu - ces o los frenos no funcionan, y pese a esto continua utilizan - do su automóvil con normalidad estaremos en presencia de un ili - cito permanente.

La frontera entre los eventos dolosos y los culposos es - muy difícil de determinar, pues la única diferencia consiste en la previsión, de un lado, y en la aceptación del resultado, de otro; si se preve y se acepta este resultado habrá dolo, y en - caso contrario estaremos en presencia de una culpa. Esta difi - cultad ha llevado a la creación de una serie de figuras interme - dias que participan de algunos caracteres de ambas y que pueden simplificar la prueba, como por ejemplo, el ilícito permanente,

que no será asegurable pues, en primer lugar, hay que considerar que tal seguro sería nulo por tener una causa ilícita, y en segundo lugar, si estimamos que los daños derivados de una acción han de seguir necesariamente a la misma, sean éstos queridos o no por el sujeto, el contrato deviene ineficaz y podrá ser rescindido en base a la alteración excesivamente gravosa para una parte de las prestaciones contractuales (747).

Sin embargo, aunque desde el punto de vista doctrinal esta puntualización de los riesgos es útil, pues en la práctica es preciso delimitar lo más posible el concepto de culpa grave, la noción del ilícito permanente no puede concebirse como categoría autónoma, y no encuentra tampoco en nuestro ordenamiento jurídico ninguna base legal que permita afirmarla. Por consiguiente habremos de concluir que se trata de un supuesto de culpa del asegurado en la provocación del siniestro, aunque se trate de un grado especialmente grave y diferente del normal por la persistencia del sujeto en la actividad ilícita, que aconseja su exclusión de la cobertura.

---

747.- GERI, Ob. cit., pag. 121 y 122.

## CAPITULO VI

LA PROVOCACION DEL SINIESTRO POR LAS PERSONAS

POR LAS QUE EL ASEGURADO RESPONDE CIVILMENTE

La provocación de un siniestro que es, como hemos visto, un supuesto en el que el evento productor del siniestro -- consiste en una actuación humana, no se agota en las figuras -- estudiadas de dolo o culpa del propio asegurado o de cualquiera de los interesados en el contrato, sino que va más lejos, y comprende también aquellos otros supuestos en los que el evento es causado por otra persona sin interés directo en el contrato. Esta tercera persona que provoca el siniestro puede ser, en primer lugar, un sujeto distinto de la víctima que sufre el daño y de la persona del asegurado, es decir, puede ser un extraño que no está relacionado con el contrato de seguro. En este caso el asegurado podrá ponerse a cubierto de los siniestros debidos a la conducta de estas personas por medio de un contrato de seguro, pues aunque se trata de riesgos que provienen de hechos humanos, sin embargo, son imprevisibles e inevitables -- para la persona del asegurado y por tanto asegurables al poderse equiparar con los que proceden del caso fortuito. La posibilidad de asegurar los siniestros provenientes del hecho de terceras personas extrañas al contrato de seguro fue admitida desde antiguo por los estatutos y ordenanzas que lo regulaban, -- por la práctica, y también por la doctrina (748), y aparece -- consagrada en el vigente Código de comercio tanto en materia -- de seguro marítimo (art. 756 nº 8 a 13), como en el seguro de incendios, en el que expresamente se recoge entre los riesgos--

---

(748) Entre las Ordenanzas que admiten este seguro podemos citar las de Burgos de 1572, las de los Países Bajos de -- 1570, y también el "Guidon de la mer" como texto que recoge la práctica de su tiempo. En la doctrina admiten este seguro: CASAREGIS, Ob. cit., D. I, nº 75 a 77; ROCCO, Ob. cit., nº 87, pág. 145; SCACCIA, Ob. cit., I, nº 155.



asegurables, la "malquerencia de extraños" (art. 396 párrafo - 1º).

Pero junto a esta posibilidad de la provocación por un extraño, cabe también que la persona que provoca el siniestro esté ligada por un determinado vínculo de dependencia o de subordinación con la persona del asegurado o del contratante de un seguro. Se trata fundamentalmente en estos casos de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente. En efecto, estas personas no pueden ser consideradas terceros en las relaciones contractuales derivadas del seguro, -- ni en las relaciones entre la víctima de un daño y el asegurado, cuando, por ejemplo, el daño es causado por un hijo, o un criado, pues en estos casos, en primer lugar la ley impone una obligación de responder por los actos de estas personas, y, en segundo lugar, esta misma dependencia que se da entre el causante del daño y la persona obligada a responder por él, hacen que no se puedan en modo alguno equiparar estas actuaciones al caso fortuito porque el asegurado en estos casos ha podido prevenir el siniestro y evitarlo mediante el empleo de una determinada diligencia (749). La cuestión debatida se centra pues, en este punto: en saber si será posible la cobertura del riesgo de culpa de aquellas personas que comprometen la responsabilidad del asegurado en el caso de provocación de un siniestro.

---

(749) MAZEAUD TUNC, Tratado... cit., II, 2, Buenos Aires 1963, pág. 237; SAVATIER, Traite... cit., I, nº 395.

1.- El seguro de la culpa de las personas por las que el asegurado debe responder

La evolución del seguro de los siniestros causados por las personas de las que el asegurado es responsable se ha desarrollado de un modo similar y paralelo al seguro de la culpa por los actos propios, aunque debemos reconocer que, si bien esta última ha tropezado siempre con numerosos obstáculos, el seguro frente a los hechos de los auxiliares y dependientes ha suscitado siempre menores reservas por parte de la doctrina (750).

El seguro frente a los siniestros causados por el hecho de los auxiliares fue admitido, como ya hemos visto, desde los primeros tiempos del seguro marítimo. La validez de este seguro se consagra en los principales textos legales reguladores del seguro marítimo, así sucede, por citar un ejemplo de particular relieve, con la Ordenanza francesa de la Marina de 1681, en la que si bien no se le reconoce desde un punto de vista legal, en cambio, se admite su cobertura mediante pacto expreso (art. 28). En nuestro derecho tradicional la regla general era la de considerar válido el seguro de los hechos intencionales del capitán y de los marineros que forman la tripulación del buque (baratería) (751); no es menos cierto, sin embargo, que en nuestro ordenamiento vigente, por influencia del Código de comercio francés, se recoge la norma de éste último, en materia de baratería, que no es otra sino la que ya

---

(750) En este sentido: PICARD-BESSON, Traité... cit., II, pág. 75; BEAUDONNAT, Ob. cit., pág. 115.

(751) Vid. el capítulo 22 números XIX y L de las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

se contenía en la antigua *Ordenanza de la Marina*. (Vid. arts. 832 y 862 del Código de comercio de 1829). Siguiendo la línea marcada por el Código anterior, esta misma norma pasa al Código vigente, de modo que el seguro de la baratería del patrón y de los miembros de la tripulación solamente se admitirá cuando expresamente se acuerde entre las partes (art. 756 nº 5 del Código de comercio).

La doctrina, de un lado, y la práctica, de otro, han reaccionado en contra de la norma del Código y tratado de desvirtuar el alcance del precepto al admitir la cobertura del riesgo de baratería en el seguro de mercancías, y el de la impericia o negligencia del capitán o de la tripulación en el seguro de cascos, con la única excepción de aquellos que proceden de dolo o fraude del capitán (752).

Pese a esta admisión de la cobertura de los siniestros causados por el dolo o la culpa de los auxiliares en el derecho marítimo, ni la doctrina ni la jurisprudencia permitieron en un primer momento la extensión de esta solución a los seguros terrestres, del mismo dolo que como vimos en su momento --

---

(752) Vid. RODRIGUEZ ALTUNAGA, *Ob. cit.*, pág. 680 y ss.; De BENITO, *Ob. cit.*, III, pág. 576; GARRIGUES, *Curso... cit.*, II, pág. 689; URÍA, *El seguro... cit.*, pág. 124; AURELIO MENENDEZ, *La noción de baratería en el seguro marítimo* -- A.D.C. 1970, pág. 241 y ss. En la doctrina comparada puede observarse una reacción similar. Vid. con respecto al Código francés. De COURCY, *Ob. cit.*, pág. 4; RIPERT, *Ob. cit.*, III, nº 2704. En Italia puede verse BRUNETTI, *Ob. cit.*, III, pág. 465.

había sucedido con el tema de la culpa (753). La razón que impedía la aplicación de la solución del seguro marítimo a las demás modalidades de seguro, estribaba en que la responsabilidad por el hecho ajeno venía basándose tradicionalmente en una culpa "in vigilando" o "in eligendo" del asegurado por los hechos provocados por las personas que de él dependen, es decir, que se trata de una actuación negligente del propio asegurado a la hora de elegir a sus auxiliares o dependientes o en el momento de vigilar sus actuaciones. La actuación del asegurado había sido culpable y la culpa era inasegurable (754).

La situación cambió radicalmente al ser admitido el seguro frente a las propias actuaciones culposas, pues si la culpa era asegurable, ningún obstáculo se oponía a que se pudiera cubrir la responsabilidad por el hecho de otras personas, pues, como mas adelante veremos, esta responsabilidad se fundamenta en una actuación culposa del propio asegurado. Esta solución se imponía sin ningún género de dudas, porque la culpa de otra persona es siempre un riesgo para el asegurado, en efecto, no estamos aquí ante un caso fortuito, como sucede en el caso de la culpa de un tercero extraño, pues siempre puede el asegurado actuar diligentemente y tomar precauciones para que el si-

---

(753) En la doctrina francesa que es la primera que viene a ocuparse de estos temas, no se admite la extensión de las normas relativas al seguro marítimo a los seguros terrestres (PERSIL, Ob. cit., págs. 24 y 25). La jurisprudencia de este país se mostró contraria también a esta extensión de la garantía del seguro hasta el año 1866 en el que por primera vez se admitió la cobertura de la culpa grave de los auxiliares del asegurado (Vid. la sentencia de 2 de junio de 1886, comentada por LABBE en *Recueil des lois et arrêts de Sirey* 1887, I, pág. 369).

(754) Vid. en general GONZALEZ HUEBRA, Ob. cit., I, pág. 273.



niestro no se produzca. No hay que olvidar, sin embargo, que ta les hechos no dependen exclusivamente de la voluntad del asegurado. La producción de un siniestro por el hecho del auxiliar o dependiente implica lógicamente una voluntad ajena que es la -- que causa el siniestro, junto a una voluntad negligente de la -- persona a la que se le impone la responsabilidad, pero esta última no puede decirse que ejerza una influencia preponderante -- sobre aquél.

De conformidad con estas ideas la mayoría de las le-- gislaciones modernas sobre el contrato de seguro han admitido -- la cobertura de los siniestros causados por los auxiliares y de-- pendientes del asegurado. Esta solución se halla ya contenida -- implícitamente en el art. 33 de la Ley belga de seguros y se -- consagra con carácter general en las legislaciones de seguros -- suiza y francesa, y en el Código civil italiano (755).

En el Código de comercio español no se contiene una -- norma semejante de carácter general, aunque, como hemos señala-- do, en las dos modalidades de seguros recogidas en él se admite claramente el seguro de los siniestros causados por aquellas --

---

(755) El art. 33 de la Ley belga establece que los riesgos de -- incendio comprenden todos los daños ocasionados a las co-- sas aseguradas por los incendios debidos al hecho o la -- culpa grave del asegurado personalmente. En la ley suiza-- se dispone que si el siniestro ha sido causado intencio-- nalmente o por culpa grave por alguna de las personas que conviven con el asegurado o por las que este es responsa-- ble, y si el asegurado ha cometido una culpa en la vigi-- lancia de estas personas, el asegurador tiene derecho a -- reducir la prestación conforme al grado de culpa (art. -- 14). En la Ley francesa el art. 13 dispone que el asegura-- dor garantiza los daños causados por las personas por las que el asegurado debe responder en virtud del art. 1384 -- del Código civil cualquiera que sea la gravedad de los he-- chos de estas personas. En el Derecho italiano el asegura-- dor responde también de los siniestros ocasionados por el dolo o la culpa grave de aquellas personas por las que el asegurado debe responder (art. 1900 del C. civile).

personas por las que el asegurado debe responder. En efecto, en el seguro marítimo se permite, mediante pacto expreso, la cobertura del riesgo de baratería del patrón (art. 756 nº 5 y 7), y en el seguro de incendios se establece la responsabilidad del asegurador por los siniestros causados por la negligencia de las personas de las cuales responde civilmente el asegurado (art. 396 párrafo 1º).

La ausencia de una normativa general en nuestro sistema y la imprecisión de los términos de los propios preceptos que regulan el seguro de los siniestros causados por los auxiliares hace que se susciten múltiples cuestiones al tratar de interpretar estos textos y de darles un alcance mayor. En primer lugar se suscita el problema del fundamento de la responsabilidad por el tercero. Se trata de un tema que está estrechamente vinculado al de la determinación del círculo de personas que comprometen la responsabilidad del asegurado, como más adelante veremos, pues si admitimos que el fundamento de esta es la culpa del asegurado en la vigilancia de las personas que de él dependen la responsabilidad solo alcanzará a aquellas personas sometidas a esta vigilancia; por el contrario, si la responsabilidad del asegurado se determina por criterios objetivos, indudablemente habrá que proceder a una ampliación del círculo de las personas por las que el asegurado debe responder. La determinación de quienes son las personas por las que el asegurado debe responder será el segundo de los temas que se suscitará en orden a la interpretación de los preceptos legales. En tercer lugar, se plantea la cuestión de la ampliación de la cobertura de los riesgos hasta alcanzar también el dolo de los auxiliares o dependientes, tema que surge al considerar las expresiones utilizadas por el legislador: de un lado, la baratería en el seguro marítimo, y de otro, la negligencia en los seguros

de incendios. Finalmente se suscita también la cuestión de si la cobertura de los siniestros causados por la actuación de los dependientes o familiares del asegurado se aplica solamente a los ramos del seguro en que aparece expresamente regulada, o por el contrario, se aplica con carácter general al resto de las modalidades del seguro.

2.- El fundamento jurídico de la responsabilidad del asegurado por la culpa de un tercero

En la doctrina relativa a los ordenamientos más representativos para nosotros, se ha planteado de un modo general el problema de cuál ha de ser el fundamento para la responsabilidad por terceras personas desde el punto de vista del seguro (756). La cuestión ha suscitado una árdua polémica fundamentalmente en aquellos ordenamientos en los que no se encuentra una regulación legal del seguro por el hecho de las personas que dependen del asegurado, como sucede, por ejemplo, en la Ley alemana de 1908 (V.V.G.), en la que ante la ausencia de normas se trata de encuadrar este supuesto entre los específicos de la culpa propia del asegurado (757). Pero el tema central de esta discusión doctrinal es el determinar si el asegurado responde, en el caso de que un siniestro se produzca por el hecho negli-

---

(756) Vid. en general PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, pág. 275 y ss.; SALANDRA, Ob. cit., pág. 280; JANSSENS-BRIGODE, Ob. cit., pág. 74; Mac GILLIVRAY, Ob. cit., pág. 344; SOLARI, Ob. cit., pág. 97; PINCKERNELLE, Ob. cit., pág. 42 y ss.

(757) Un planteamiento general de este tema en la doctrina alemana puede verse en: PINCKERNELLE, Ob. cit., pág. 47 y ss.



gente de un tercero por el que se debe responder civilmente, como si de culpa propia se tratase, o si cabe fundamentar una responsabilidad objetiva del asegurado por el hecho de las personas que dependen de él, aun cuando el acto dañoso se haya producido sin mediar ningún tipo de negligencia en la persona del -- asegurado.

La determinación de si el asegurado solo ha de responder por propia culpa, o responde por la culpa de un tercero, es de gran interés no solo desde el punto de vista del riesgo que se asegura, sino también, como ya hemos señalado anteriormente, para conocer con precisión los límites que se deben alcanzar en la determinación de las personas que comprometen la responsabilidad del asegurado. Si admitimos el principio de la responsabilidad por propia culpa, para que se produzca el evento al que -- nos venimos refiriendo, se exigirá una doble culpabilidad. De -- un lado una culpa del tercero en la producción del siniestro, y de otro una culpa del propio asegurado que no actuó con la diligencia debida en la vigilancia o en la elección. Si, en cambio, se acepta la teoría contraria, el asegurado responderá siempre por sus auxiliares y dependientes. Por otra parte, la aceptación de una u otra posición influye en la determinación de las personas por las que el asegurado debe responder, pues en el -- primer caso, solo se comprenderán aquellas personas sobre las -- cuales el asegurado está obligado a ejercer una vigilancia, mientras que en el caso contrario el círculo de personas será indudablemente más amplio y alcanzará también la responsabilidad -- por el representante (758).

---

(758) En este sentido SOLARI, Ob. cit., pág. 73 y ss.



En el Derecho comparado nos encontramos con dos concepciones contrapuestas a la hora de enfocar el tema del fundamento de la responsabilidad por el tercero. De un lado, la posición objetivista, propia de la doctrina actual alemana, que mantiene una responsabilidad basada en criterios de representación y no de culpa (Repräsentantenhaftung), y de otro, la posición subjetivista que mantiene la responsabilidad del asegurado por la propia culpabilidad, tesis que ha terminado por prevalecer en la doctrina suiza, francesa e inglesa fundamentalmente.

En la doctrina alemana, en un primer momento, y a la vista de que en la Ley de seguros no aparece regulada la provocación del siniestro por los auxiliares y dependientes del asegurado, se pensó en la posibilidad de deducir del texto del art. 61 de la Ley de seguros el principio de la responsabilidad del asegurado por los siniestros causados por las personas que de él dependen, en base a la culpa en la que éste incurrió al elegir o vigilar al tercero. Esta ampliación del contenido del precepto no había de resultar gravosa para los aseguradores, pues al no ser el precepto imperativo cabía su derogación por acuerdo de las partes (759). Pero esta posición fue pronto abandonada en base fundamentalmente a las duras críticas de que fue objeto por el hecho de presumir la voluntad del legislador, que, indudablemente si hubiera querido consagrar el principio de la responsabilidad por propia culpa, lo habría hecho expresamente-

---

(759) Vid. JOSEF, Die Schuldhaftige Verursachung des Brandes durch Vertreter des Versicherungsnehmers; L.Z. 1907, pág. 483, rechazada en parte en "Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter", en Z.Vers. Wiss. 1911, pág. 200; SCHNEIDER, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, München, 1908, pág. 249, citados por PINKERNELLE, Ob. cit., pág. 47; BRUCK, Ob. cit., pág. 293 y 653.

(760). En la actualidad se reconoce de un modo unánime la responsabilidad del asegurado por el tercero, pero continúa, sin embargo, la polémica sobre el fundamento de la misma.

Las dos teorías actualmente en controversia son la -- que mantiene la existencia de una responsabilidad por el representante (Repräsentantenhaftung) y la que sostiene una responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento (Erfüllungsgchilfenhaftung). La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento nace por influjo de la postura que se mantiene en esta doctrina en torno a la naturaleza de la provocación del siniestro por el asegurado, y que consiste en afirmar la existencia de una obligatoriedad de evitar el siniestro a cargo del tomador del seguro. Por consiguiente si partimos de la existencia de una obligación contractual del asegurado, será aplicable la responsabilidad que de un modo general se establece en el art. 278 del B.G.B. por la actuación de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones (761). La ventaja de esta posición estriba fundamentalmente en la perfecta delimitación doctrinal del círculo de personas que se encuadran bajo el epígrafe de auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones. (762). Sin embargo, como ya hemos visto, se parte de una construcción equivo

---

(760) BRUCK-MOELLER, Kommentar zum V.V.G. und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, I, Berlin, 1961, pág. 209.

(761) El art. 278 del B.G.B. establece: El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No se aplica la disposición del art. 276 párrafo 2º. (Este otro artículo se refiere a la exoneración de la responsabilidad por dolo).

(762) Esta posición ha sido admitida con ligeras variantes que tratan de ir salvando las objeciones que plantean los par

cada, pues no se puede configurar la no provocación del siniestro como una obligación negativa a cargo del asegurado. De este modo se rechaza en la actualidad esta postura pues no cabe fundamentar la responsabilidad del asegurado en la establecida para el cumplimiento de las obligaciones por otras personas dependientes del deudor.

Frente a esta concepción la mayoría de la doctrina se inclina ahora hacia la posición que afirma la responsabilidad -- por el representante que ha sido desarrollada por la jurisprudencia (763) aunque las opiniones continúan divididas a la hora de buscar el fundamento legal para la defensa de esta postura -- (764). La determinación de quien deberá ser considerado repre--

---

tidarios de otras posturas frente al tema del fundamento de la responsabilidad, y así se habla no ya de una aplicación directa del art. 278 del BGB, sino de una aplicación adecuada a través de los preceptos sobre la extensión de la indemnización que ha de ser proporcionada al grado de culpa que causa el perjuicio (Von GIERKE, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, en L.Z. --- 1909, pág. 738, cit. por PINCKERNELLE, ob. cit., pág. 49); o de una aplicación analógica del precepto citado en el caso de que se rechace la existencia de una obligación -- del asegurado de no causar el siniestro (PROELSS, Repräsentantendämmerung, J.R.P.V. 1936 pág. 38); o bien de una aplicación del art. 278, condicionada por la propia función que cumple el auxiliar (SCHMIDT, Die Obliegenheiten.. cit., pág. 246).

(763) Vid. en general BRUCK-MOELLER, Kommentar... cit., pág. -- 217.

(764) Mientras unos autores vuelven sobre el contenido del art. 278 (PROELSS, Repräsentanten... cit., pág. 38; Von GIERKE, Die Haftung... cit., pág. 738), otros en cambio, mantienen que se trata de derecho consuetudinario (PINCKERNELLE, Ob. cit., pág. 55), pero en ambos casos se llega a una de limitación en el círculo de personas por cuya culpa el -- asegurado debe responder como por culpa propia, y se considera que la culpa del tercero siempre cae bajo la tutela del seguro.



sentante a los efectos del seguro se viene realizando según los grados de representación admitidos por la jurisprudencia, que se traducen en términos generales, en considerar como representante a la persona que se encuentra en la misma posición del asegurado frente al riesgo (765). Se establece pues, una comunidad de riesgo entre todas las personas que están al cuidado de la cosa, y el tomador del seguro deberá responder por la culpa de cualquiera de estos como por propia culpa.

También se rechaza por la doctrina alemana, una responsabilidad por aquellas personas por las que el asegurado responde civilmente al amparo del art. 831 del B.G.B., pues se fundamenta allí una obligación de reparación del daño que nada tiene que ver con la obligación de pagar la indemnización a cargo del asegurador, siempre, claro está, desde el punto de vista de la fundamentación de la responsabilidad por terceros en el campo del seguro (766).

En el Derecho suizo, según el art. 14 apdo. 3º de la Ley sobre el contrato de seguro, el tomador o el que está facultado para la demanda deberá responder bajo determinadas condiciones de la provocación culpable del siniestro por las personas que integran la comunidad familiar y por aquellas otras por las que se le impone una responsabilidad con arreglo a las normas del Derecho civil. En la comunidad familiar se comprenden -

---

(765) MOELLER, en BRUCK-MOELLER... cit., pág. 214 y ss.; o en terminología de EHRENZWEIG, el sustituto en la administración del riesgo, (Ersatzmann in der gefahrverwaltung) --- (Deutsches... cit., pág. 268).

(766) BRUCK-MOELLER, Ob. cit., pág. 211; PINCKERNELLE, Ob. cit., pág. 50.



todas las personas que viven en común, bien en base a vínculos de parentesco, o bien con base en una relación contractual como criados, servidores, discípulos o socios, aprendices, y todas aquellas otras personas que hagan durante un tiempo vida familiar, ampliándose pues el concepto de familia, hasta llegar a incluir a los invitados que se integran en la vida de la comunidad doméstica (767). Las personas por las que el asegurado debe responder, serán las que determine el derecho común; por tanto la especificación de éstas es totalmente independiente del Derecho del seguro. Según la opinión dominante en la doctrina, esta remisión de la ley, solo comprende la responsabilidad por los actos de los dependientes, empleados o trabajadores a su servicio (art. 55 O.R.) (768). Sin embargo, otros autores (769) estiman que la responsabilidad del asegurado ha de ampliarse a todos aquellos casos en los que se imponga un deber de vigilancia o una diligencia en la elección de los auxiliares (art. 101 --- O.R.) y no cabe pues limitarla al dependiente o trabajador. Los requisitos para que se de el evento previsto por la ley serán: en primer lugar una culpa de la tercera persona que ha producido el daño de un modo intencional o negligente. En segundo lugar deberá también existir una culpa del tomador del seguro en la elección, inspección o vigilancia del tercero. Por último se exige la producción de un daño. El principio que rige en este ordenamiento es el de la propia culpa del asegurado; solo la culpa de éste será relevante a los efectos del contrato, pues la culpa del auxiliar no es imputable directamente al asegurado -- (770).

---

(767) SOLARI, Ob. cit., pág. 100.

(768) ROELLI, Ob. cit., Bern, 1914, pág. 204 y KOENIG, Ob. cit., pág. 256.

(769) DOLDER, Ob. cit., pág. 76 y ss.

(770) Vid. SOLARI, Ob. cit., pág. 53 y 97 y ss.

En el Derecho francés también se reconoce el principio de la propia culpa como imperante, a tenor de los preceptuados en el art. 13 de la Ley de 1930 reguladora del contrato de seguro. Según este precepto el asegurador queda obligado al pago de la indemnización por todos los daños causados por las personas por las que el asegurado debe responder según lo dispuesto en el art. 1384 del Código civil. La responsabilidad del asegurador subsiste cualquiera que sea el grado de culpa de la persona que provoca el siniestro, y también con independencia de si la culpa del tercero es contractual, extracontractual y delictual (771).

La doctrina, como hemos visto, está totalmente de acuerdo con estos postulados, se estima así que el seguro cubrirá incluso el dolo de los dependientes, a no ser que estos se hubieran puesto de acuerdo con el asegurado, lo que convertiría en dolosa la propia culpa del asegurado (772), pues en la mayoría de los casos la voluntad de el asegurado juega un papel insignificante en la producción del siniestro por sus dependientes o auxiliares. Si bien se admite el principio de la responsabilidad por culpa in vigilando, lo cierto es que la norma civil a la que el art. 13 se refiere, sienta una presunción de culpabilidad en contra del asegurado que motiva que en muchos casos --aparezca un tanto desdibujado el principio que declara que solo hay riesgo en el supuesto de culpa del asegurado (773).

---

(771) PICARD-BESSON, Traité... cit., II, pág. 78.

(772) CAPITANT, Ob. cit., pág. 18.

(773) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., pág. 275.

Las personas por las que el asegurado debe responder según el art. 1384 del Código civil francés son el padre por -- los hijos menores que conviven con él, el amo y el propietario de un establecimiento por sus criados y dependientes, los maestros y directores de artes y oficios por sus alumnos y aprendices que se encuentran encomendados a su custodia. Pese a la concreción del texto legal la doctrina extiende el círculo de personas a todas aquellas por las que se impone una responsabilidad civil por tercero (774).

En el Derecho inglés es de aplicación el principio general de que quien se sirve de otra persona para la realización de un acto jurídico, responderá por ella (qui facit per alium, facit per se). Sin embargo, en el Derecho de seguros aparece un principio diferente por virtud del cual el asegurado responde solamente de los siniestros provocados por un tercero, si ha mediado culpa propia en cuanto a la diligencia que el asegurado debió ejercer sobre este tercero sometido a él. Se trata pues de una aplicación del principio de la propia culpa, como ha reconocido la jurisprudencia, primero en el ámbito del seguro marítimo, y más tarde en el campo del seguro terrestre (775), manifestándose en el mismo sentido la doctrina (776). Del mismo modo se aplica este principio en la práctica salvo expresa ex--

---

(774) PICARD-BESSON, Ob. ult. cit., pág. 276.

(775) Vid. el caso SHAW versus ROBBERDS de 1873; BOEHM versus COMBE de 1813; MIDLAND COUNTIES INSURANCE Co. versus SMITH de 1881.

(776) MAC GILLIVRAY-BROWNE, Ob. cit., pág. 845; PORTER, Ob. --- cit., pág. 115; PRESTON-COLINVAUX, Ob. cit., pág. 60.

clusión de la "Wilful misconduct of servants or agents" (777).

En la actualidad, sin embargo, las diferencias entre ambas teorías van desapareciendo por la tendencia cada vez más marcada al establecimiento de una responsabilidad objetiva; se comienza por sentar una presunción de culpabilidad en contra -- del sujeto a cuyo cargo se encuentran los terceros, que en la práctica equivale en muchos casos a una anulación del principio de la propia culpa (778). Por otro lado, es también notoria la implantación progresiva de la responsabilidad objetiva, que han realizado numerosas leyes especiales, y que han motivado la crisis del principio de la responsabilidad por culpa. Una prueba -- de ello se puede encontrar en los seguros obligatorios, y de modo muy especial en el seguro de los riesgos derivados de la circulación de vehículos de motor que ha llegado incluso a imponer una responsabilidad por el tercero que utiliza el automóvil, -- siempre que no lo haga en contra de la voluntad del asegurado -- (779).

Siguiendo estas orientaciones más modernas el Derecho italiano ha roto con el principio de la propia culpa que se consagraba en el viejo Código de comercio (780), pues aunque se --

---

(777) Vid. el nº 8 del Institute Cargo Clauses que se aplica al seguro de transporte marítimo y que expresamente consagra el principio de la propia culpa.

(778) Vid. sobre este fenómeno en Francia, PICARD-BESSON, ----- Traité... cit., II, pág. 77 y ss.

(779) SALANDRA, Ob. cit., pág. 361.

(780) Vid. a este respecto CHERUBINO; La colpa dell'assicurato nel l'avveramento del sinistro, en SAGGI IN SCIENZE ASSICURATIVE, III, Pisa, 1939, pág. 43.



impone al asegurado una responsabilidad por el hecho de tercero, no siempre se basa esta responsabilidad en la culpa de ---- aquél. El Código civil, en sus artículos dedicados a la regulación del contrato de seguro, impone al asegurador la obligación de indemnizar los siniestros ocasionados por el dolo o la culpa de las personas por las que el asegurado debe responder (art. - 1900) (781). El círculo de personas que se comprenden en el art. 1900, resulta pues muy amplio a tenor de los argumentos expuestos y de los principios vigentes. El asegurado deberá responder por sus familiares y criados, de un lado, pero también de los - auxiliares, comisionistas, dependientes, empleados, trabajado-- res etc., es decir, tanto de aquellos sometidos a su potestad y por los que responde según su culpa en la vigilancia o en la -- custodia, como también de aquellos otros de los que se vale para la realización de su negocio (782).

En el Derecho español se plantea también la cuestión - de la responsabilidad que le incumbe al asegurado por los si--- niestros que causa una tercera persona. La cuestión, como ha -- puesto de relieve recientemente GARRIGUES, no ha sido aclarada de un modo satisfactorio por la doctrina, aunque la mayoría opi-- na que es indudable que el fundamento se encuentra en la exis-- tencia de una culpa propia del asegurado cuando incurre en ne--

---

(781) DONATI, Trattato... cit., III, pág. 346; SALANDRA, Ob. -- cit., pág. 280 y ss.; ASQUINI, Ob. cit., pág. 25 y 26; -- GASPERONI, Ob. cit., pág. 124.

(782) RESCIGNO, Il fatto degli amministratori e dei dipendenti di società e l'art. 1900 del Codice civile, Ass. 1949-1, -- pág. 113 y 114; Vid. también VISINTINI, La responsabilità contrattuale per fatto degli auxiliari, Padova, 1965, --- pág. 111 y ss.

gencia a la hora de elegir a las personas a su servicio o de vigilar a sus familiares o demás personas que están bajo su guarda (783). En el Código de comercio, como ya hemos visto, de un lado se impone al asegurado una responsabilidad por los hechos de los miembros de la tripulación de un buque, y de otro, se habla de la existencia de una responsabilidad civil por actos ajenos a cargo del asegurado (arts. 756 nº 5 y 396 párrafo 1º - respectivamente). Del examen de ambos preceptos se deduce que efectivamente en el Derecho de seguro se establece una responsabilidad del asegurado por los siniestros causados por una serie de personas que aparecen limitadas, en el seguro marítimo a las personas que integran la tripulación de un buque, y en el seguro de incendios a aquellas que pueden comprometer la responsabilidad civil. Sin embargo, no parece tan claro que el fundamento de esta responsabilidad sea la propia culpa del asegurado, --- pues, si bien en los seguros terrestres se hace referencia a la responsabilidad civil, y esta no existe sin que medie una culpa del responsable según afirma la mayoría de la doctrina (784), - no sucede lo mismo con el seguro marítimo, en el cual el riesgo de baratería no le es generalmente imputable al asegurado pues no puede prevenir ni evitar las acciones de la tripulación por mucha que sea su diligencia (785).

El unico argumento a favor de la responsabilidad del asegurado por propia culpa en el caso de siniestro causado por las personas que dependen del asegurado, se deduce del texto de

---

(783) GARRIGUES, El contrato... cit., pág. 215.

(784) ALBALADEJO, Ob. cit., II, 2, pág. 346; CASTAN, Ob. cit., - IV, ed. 1969, pág. 843; ESPIN, Ob. cit., pág. 454.

(785) Vid. URÍA, El seguro... cit., pág. 124.

la Exposición de motivos del Código de comercio que declara que el seguro garantiza los daños que provengan de las personas sometidas a la potestad o a la vigilancia del asegurado y de cuyos actos responda civilmente. Según esto el círculo de personas por las que el asegurado habrá de responder se determina según la existencia de una culpa del asegurado que motive una responsabilidad por tercero. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la culpa del tercero se equipare excepcionalmente con la culpa del tomador o del asegurado, aunque para ello se necesite una declaración legal, como sucede en el supuesto de la baratería del patrón, o un acuerdo expreso de las partes, como sucede en el caso del seguro contra el robo, en el que se equipara a la culpa del asegurado, la causación del siniestro por un miembro de la comunidad familiar.

La determinación de las personas por las que el asegurado debe responder vendrá establecida normalmente por la remisión a las normas del Código civil que regulan la responsabilidad extracontractual (art. 1903) (786), sin embargo, existen también otros supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno que a nuestro juicio no deberán quedar excluidos de la determinación. La referencia al hecho ajeno por el cual se hace responsable al asegurado deberá pues ser entendida con carácter general y por lo tanto habrá de aplicarse a todas aquellas hipótesis en que una persona pueda comprometer la responsabilidad de otra (787). Entre las hipótesis que habrá pues que contemplar -

---

(786) Vid. en general GARRIGUES, Ob. cit., pág. 215.

(787) En este sentido se expresa PICARD-BESSON a pesar de que en el texto de la Ley francesa de seguros aparece la especificación de que las personas a las que se refiere son las señaladas en el art. 1384 del Código civil (Traité... cit., II, pág. 78).

citaremos la responsabilidad derivada de los hechos delictivos, y la responsabilidad contractual por el hecho ajeno que se da -- cuando un tercero interviene en un contrato en calidad de representante, de mandatario, o por cualquier otro título, en lugar del asegurado.

### 3.-- Determinación de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente

El art. 396 del Código de comercio en su párrafo primero regula el seguro de los actos negligentes de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente. Ahora bien, la cuestión que la interpretación de ese precepto plantea es la determinación de cuales son esas personas por las que el asegurado ha de responder. El único dato, que nuestro Código de comercio aporta, se refiere tan solo a la admisión de la negligencia del tercero auxiliar o dependiente entre los riesgos cubiertos por el seguro. Tan solo en la Exposición de Motivos del Código encontramos una referencia que nos pueda dar alguna luz sobre el criterio de determinación de las personas por las que el asegurado ha de responder. En efecto, como ya hemos indicado, -- en este texto se indica que las personas a las cuales se refiere el art. 396 son aquellas que están sometidas a la potestad o a la vigilancia del asegurado.

De lo expuesto hasta el momento parece deducirse que nuestro Código de comercio se remite en esta materia al Derecho común, de modo que habrá que examinar los distintos supuestos -- que en este ordenamiento se dan de responsabilidad por el hecho de las personas sometidas a la vigilancia o poder de otra persona para determinar las personas a cuya culpa se refiere el Código de comercio al tratar del seguro de incendios. El supuesto, --



objeto de nuestro estudio, se dará, según esto, siempre que --- exista un contrato de seguro, y el siniestro sea realizado por una de las personas que a continuación se determinan.

A) La responsabilidad por hecho de un tercero derivada de un acto ilícito.

Según el art. 1903 del Código civil la obligación de reparar los daños causados a otro por culpa o negligencia "es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquéllas personas de quienes se debe responder". Las personas sujetas a esta responsabilidad son los padres, tutores, dueños o directores de un establecimiento o empresa, el Estado, y los maestros o directores de artes y oficios.

El primer problema que se plantea tras la lectura de este artículo es el de considerar si existe, de una parte, un principio general en nuestro Derecho que establezca la responsabilidad por acto ilícito ajeno, o si solo se contemplan una serie de supuestos concretos; de otra parte, se discute también si se trata de una enumeración amplia a título de ejemplos, o por el contrario nos encontramos con una enumeración restrictiva.

No cabe, en nuestra opinión, afirmar que el art. 1903 incorpora una normativa general de la responsabilidad por los actos ilícitos de un tercero, pues aunque el párrafo primero del citado texto legal podría hacernos pensar en la existencia de una regla semejante, el exámen más detenido de su contexto, y la misma redacción del precepto hacen inviable esta solución. En efecto, las palabras finales del párrafo 1º del art. 1903: la obligación se impone por los actos "de aquéllas personas de quienes se debe responder", se refiere claramente a aquéllas --

personas que a continuación se van a enumerar (788). Además, en el artículo citado se contemplan unos supuestos excepcionales -- de responsabilidad a los que se les impone una presunción de -- culpabilidad, que no cabrá imponer, de otra parte, sino en virtud de una disposición legal, por la misma trascendencia de la sanción a la falta de diligencia, cuál es la inversión de la -- carga de la prueba. Esta excepcionalidad es la que nos lleva a admitir también, que la enumeración debe considerarse como limitada a los supuestos taxativamente regulados en la ley (789). -- Pero esta opinión no es unánime en nuestra doctrina, y así se -- ha considerado también que el mencionado carácter taxativo no -- es obstáculo para que se pueda declarar a una persona responsable por otra en virtud de la fórmula general del art. 1902 del Código civil; pero en este caso, tendrá la víctima del daño que probar que existió culpa in vigilando, y no jugará la presun--- ción de culpa contra el responsable (790). Otros autores sostie--- nen que la enumeración no puede considerarse exhaustiva sino -- simplemente enumerativa y por tanto puede ampliarse por analo--- gía (791), posición que también ha sido recogida por la juris--- prudencia en algunas sentencias (792).

---

(788) MAZEAUD-TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual (trad. 5ª edición) tomo 1, vol. 1, Buenos Aires, 1962, pág. 471.

(789) CASTAN, Ob. cit., 9ª ed., IV, Madrid, 1961, pág. 855.

(790) PUIG-PEÑA, Compendio de Derecho Civil, II-2, Barcelona -- 1966, pág. 1117. En contra ALBADALEJO, Derecho civil, II, pág. 996.

(791) SANTOS BRIZ, La responsabilidad... cit., pág. 331.

(792) Vid. la S. de 29 de setiembre de 1964 y también las sentencias de la Sala 2ª de 30 de mayo de 1964 y 13 de mayo -- de 1967.

Las personas por las que se debe responder son según el art. 1903:

a) "El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía". Son responsables los padres, siempre que a estos les corresponda la patria potestad, pues no cabe duda que en los casos de incapacidad o incapacitación del padre bien sea de hecho, bien sea de derecho, así como en los casos de separación legal, corresponderá a la madre la atribución de la patria potestad, y por consiguiente también se la imputarán los daños (793). No serán responsables por este título, los parientes en cuya compañía vivan, a excepción de -- los padres, los cuales solo serán responsables por los menores si se prueba contra ellos una culpa (794).

En cuanto a los "menores de edad" por los que se impone la responsabilidad, al no decirse nada en el Código, hay que suponer que se incluirán dentro de la expresión, tanto los menores no emancipados, como los emancipados, pues la emancipación no hace referencia a las consecuencias de los actos ilícitos -- (795). En la doctrina francesa se ha mantenido también esta opinión en base a que de no ser así, los padres emanciparían rápidamente a sus hijos para verse pronto libres de la rigurosa res

---

(793) TRAVIESAS, La culpa... cit., pág. 292; PUIG PEÑA, Ob. cit., pág. 1178; LEON, La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad, Estudios en honor de CASTAN, VI, Pamplona, 1969, pág. 265.

(794) MAZEAUD-TUNC, Ob. ult. cit., I-1, pág. 495.

(795) SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 241.

ponsabilidad que el Código impone por los actos ilícitos (796). Aunque esta opinión puede ser desvirtuada por la aplicación de los preceptos sobre el fraude a la Ley en el caso citado, pensamos que es más práctico mantener la responsabilidad aún cuando haya cesado la patria potestad, porque de lo contrario fácilmente podría burlarse la finalidad perseguida por el precepto, --- pues la prueba del fraude a la ley comprometería en muchos casos la percepción de la indemnización por la víctima del daño --- (797).

Habría que atender también que se comprenden en este artículo tanto los hijos naturales como los adoptados con respecto a sus padres naturales que les hubieran reconocido o adoptivos, pues a éstos les corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 154 párrafo 2º y 174 del Código civil). No cabe, en cambio, extender esta responsabilidad al marido por los actos de la mujer, pues se trata de un supuesto diferente, y como hemos visto no se puede ampliar la enumeración por analogía. (798).

Los requisitos para que se de la responsabilidad prevista en el art. 1903 son los siguientes: En primer lugar, debe tratarse de un hijo menor de edad, posea éste o no discernimiento de sus actos, sea legítimo, natural o adoptivo, o emancipado o esté sujeto a la patria potestad. En segundo lugar, se exige-

---

(796) ESMEIN en PLANIOL-RIPERT... cit., Tomo VI, nº 629. Vid. --- bibliografía y jurisprudencia citada en MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I-1, pág. 500.

(797) En contra MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., pág. 501.

(798) PUIG PEÑA; Ob. cit., pág. 1117 y ss; MAZEAUD-TUNC, Ob. --- cit., I-1, pág. 499 nº 751.



la convivencia con los padres, pero la responsabilidad del padre no cesa aunque el hijo menor cometa el hecho ilícito fuera de la presencia del padre (799), ni tampoco si no cohabita con los padres sin un motivo legítimo pues el padre no puede alegar que no existe tal requisito a no ser que algo justifique esta situación; así por ejemplo, si el padre permite al hijo vagar sin control, deberá responder, pues su acción supone una falta de diligencia (800). En tercer lugar será necesario, por último, la existencia de una culpabilidad del causante material del daño como reiteradamente viene manteniendo la jurisprudencia (801) pues la declaración de la culpa del menor es el paso previo para que surja más tarde la responsabilidad del asegurado primero y después la del asegurador.

b) Los tutores serán responsables de los perjuicios causados por los pupilos o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía (art. 1903 párrafo 3º). El supuesto es pues similar al anterior en cuanto a los requisitos exigidos. La determinación de la persona del tutor no puede extenderse por analogía a aquellas personas que tienen la guarda del menor a su cargo, sin estar investidos de aquella condición, ni tampoco a los que se ocupan ocasionalmente del cuidado del menor o incapacitado por no reunir los requisitos previstos en el párrafo 3º del art. 1903.

c) Serán también responsables "los dueños o directo--

---

(799) SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 340; y Sentencia de 29 de diciembre de 1962.

(800) MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., pág. 502.

(801) S. de 25 de octubre de 1966 y de 3 de mayor de 1967.

res de un establecimiento o empresas respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en -- que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones" --- (art. 1903, párrafo 4º). La determinación de las personas res-- ponsables aparece clara, a nuestro juicio, pues se trata de los comerciantes y empresarios; sin embargo, es más difícil de re-- solver lo que por dependiente deba entenderse. La expresión ha-- brá de comprender no solo el concepto técnico de dependiente o-- mandatario singular que se contiene en el art. 292 del Código -- de comercio, sino también a aquéllas otras personas que se ha-- llen ligadas al empresario por una relación mercantil de subor-- dinación. Se comprenderán pues bajo esta expresión todas las fi-- guras de auxiliares del empresario subordinados que se conocen en el Derecho Mercantil (802). Se discute en la doctrina, en -- cambio, si para que exista la responsabilidad por los dependen-- tes será necesaria la existencia de un contrato que ligue a es-- tos con el empresario, o bastará la mera situación de hecho --- (803). En nuestra opinión la discusión puede quedar zanjada si-- distinguimos entre el mandato y la representación y nos fijamos en que el auxiliar no es en modo alguno mandatario aunque sea -- en algunos casos representante, con lo que se dará siempre, in-- cluso en el caso de factor, la existencia de un vínculo contrac-- tual que le ligue con el empresario (804).

La responsabilidad del comerciante o empresario, que--

---

(802) Sobre el concepto de auxiliares vid.: BORRAJO, Los auxi-- liares del comerciante en el Derecho español, R.D.M. ---- 1957, págs. 7 y 245; AURELIO MENENDEZ, Auxiliares del em-- presario, R.D.M. 1959, pág. 269 y ss.

(803) Vid. MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I, 1, pág. 592.

(804) En este sentido AURELIO MENENDEZ, Ob. ult. cit., pág. --- 272; URÍA, Ob. cit., pág. 46.

en este artículo que comentamos se impone, deriva del hecho de dedicar al auxiliar a una tarea concreta. Se trata por tanto de una culpa "in eligendo" del dueño o empresario que debe velar -- porque se emplee a la persona idónea en el trabajo adecuado --- (805). Los requisitos para que surja la obligación del empresa-

- 
- (805) De CUPIS, Il danno, II, Milano 1970, pág. 148. En nuestra doctrina RUBIO ha mantenido, sin embargo la opinión contraria, es decir que la responsabilidad del empresario -- por el hecho de sus dependientes se impone con independencia de la culpa de aquél. La posición de este autor se basa fundamentalmente en tres postulados: En primer lugar, -- en el hecho de que en el momento en que se publica el Código el número más importante de empresarios estuviera -- constituido por los sociales, y en estos casos no cabe hablar de una culpa de la sociedad sino más bien de una técnica de atribución patrimonial de la responsabilidad sobre los bienes de la persona jurídica. En segundo lugar -- se contempla el supuesto del art. 5º del Código de comercio que atribuye la cualidad de comerciantes a los menores o incapacitados en determinados casos. En este supuesto resulta difícil mantener la hipótesis de una responsabilidad por culpa de los empresarios cuando estos son incapaces jurídicamente hablando. En tercer lugar, se argumenta en base al art. 1904 del Código civil que establece un derecho de repetición en favor del empresario que ha pagado por su dependiente, que esta facultad demuestra -- claramente que la finalidad del precepto es simplemente -- determinar un patrimonio que sirva de centro de atribución de la responsabilidad sin entrar en la calificación de si el hecho se ha producido por culpa del responsable (La responsabilidad civil del empresario, Madrid 1971, pág. 51 y ss.). Esta aguda interpretación parece, sin embargo, forzar el texto literal del precepto que se comenta, pues en éste se impone una responsabilidad a los dueños o directores de los establecimientos o empresas, lo cual nos lleva a pensar que en el citado texto legal se está haciendo referencia a una culpa presunta no solo del comerciante individual, sino también en el caso de que se trate de una sociedad mercantil, de sus directores, aun cuando siga -- siendo el patrimonio social el que permanecerá obligado -- al resarcimiento. Por otra parte, la argumentación puede resultar también desvirtuada por lo establecido en el párrafo último del art. 1903 en el que se permite la exoneración de la responsabilidad mediante la prueba de que se empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.



rio de indemnizar los daños causados por sus dependientes o auxiliares serán: en primer lugar, la existencia de una culpa del empleado o dependiente que deberá probar la víctima, pues esta culpa, que fundamenta la del director o dueño, no se presume -- nunca (806). En segundo lugar, se precisa que el daño se cause en el ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas a los auxiliares; se necesita un vínculo causal que ligue estos dos factores, si el dependiente obra fuera del ámbito del servicio que le ha sido encomendado no comprometerá pues al empresario (806 bis). La cuestión de la responsabilidad por los daños causados no directamente, sino con ocasión del desempeño de sus funciones por el dependiente, aparece resuelta en el propio artículo que contempla ambas hipótesis de supuestos dañosos (807).

d) "El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior" (art. 1903 párrafo 5º).

El Estado será pues directamente responsable cuando actúe con arreglo al derecho privado, por los daños ocasionados por sus autoridades, funcionarios o agentes, como responde la persona física por sus actos propios. Los actos realizados cul-

---

(806) Vid. las sentencias de 3 de octubre de 1961, de 30 de abril de 1960 y de 16 de abril de 1963.

(806 bis) Vid. RUBIO, La responsabilidad... cit., pág. 58.

(807) Vease además, las S. de 21 de octubre de 1932, 24 de marzo de 1953, 20 de mayo de 1958, y 18 de noviembre de 1963.



pablemente por el órgano se le imputarán a la Administración, pero no en base a lo preceptuado en este artículo sino por imperativo del art. 1902 que establece la responsabilidad por los actos ilícitos que la propia persona realice (art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de Julio de 1957). Por el contrario, si se trata de agentes especiales (808), es decir, funcionarios o personas dependientes de la Administración que no tengan este carácter, su responsabilidad será idéntica a la establecida en el párrafo anterior para los dependientes (809).

Poniendo en relación lo preceptuado en estos dos párrafos del art. 1903, aparece claro el tratamiento jurídico que debe darse a los actos ilícitos cometidos por las personas físicas dependientes de las personas jurídicas. A la persona jurídica se la impondrá, como dueño o director de una empresa, por los daños causados por sus dependientes una responsabilidad, por terceros según los requisitos indicados para este tipo de supuestos, pero responderá en cambio, como ya hemos visto, por sus propios actos dolosos o culposos si actúa a través de sus

---

(808) La jurisprudencia considera agentes especiales a aquellos que reciben una comisión concreta ajena al ejercicio de su cargo para que en representación del Estado cumplan este encargo. (S. de 8 de julio de 1911 y 18 de febrero de 1914).

(809) Vid. SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 579; FABREGAS del PILAR, La responsabilidad del Estado, sus autoridades y funcionarios, R.G.L.U., 1957, pág. 701; ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1965, pág. 678 y ss.; GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, II, 1960, pág. 218 y ss.

de sus propios órganos (810).

e) Por último el artículo, que venimos estudiando, se refiere a la responsabilidad de "los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia" (art. 1903 párrafo 6º). Bajo el término maestro, deben comprenderse todas aquéllas personas que tienen a su cargo la enseñanza de otras personas; así según este epígrafe también responderán los profesores, monitores o directores de colonias infantiles o campamentos, por las personas a su cargo. La determinación de quiénes deben considerarse como alumnos ha sido más discutida. En primer lugar algunos autores estiman que aunque nada se diga en el artículo citado, se sobreentiende que debe tratarse de menores o incapacitados (811); según ésto, solo responderán los maestros de sus alumnos menores de edad que permanezcan bajo su cuidado. Frente a esta posición se alza la opinión que mantiene que al no distinguir la ley, la responsabilidad alcanzará también a los alumnos mayores de edad, pues con respecto a ellos tienen los maestros el mismo deber de vigilancia (812). Esta segunda opinión es discutible pues no se concibe fácilmente un deber de vigilancia cuando se trata de enseñanza superior o de enseñanza de adultos; por esto entendemos que, como regla general, deberá mantenerse que por alumnos se entiende solamente a aquéllos que son menores de edad, aunque de modo excepcional puede también extenderse la responsabilidad a los mayores de edad si-

---

(810) Sobre este tema tendremos ocasión de volver al tratar de la responsabilidad contratual por el hecho de los auxiliares. Vid. RUBIO, Ob. cit., pág. 52.

(811) PEREZ GONZALES y ALGUER, Notas al Tratado de ENNECERUS... .. cit., II, 2º, pág. 682.

(812) PUIG BRUTAU, Ob. cit., II, 2, pág. 691.

se dan los siguientes requisitos: una vinculación docente entre el profesor y el alumno y una dependencia subsiguiente del alumno respecto de aquél (tal sería el caso de las prácticas con productos químicos peligrosos en la enseñanza superior o de adul--tos no experimentados) y que el daño se realice en relación con la enseñanza que se recibe, pues si se produce en el ámbito escolar pero sin esta relación no dará lugar a que surja uan responsabilidad.

En cuanto a los directores de artes y oficios, dire--mos que se trata de una categoría especial de maestros que en -- nada se diferencia, jurídicamente hablando, del supuesto normal. No sucede lo mismo con los aprendices, pues en éstos si se da -- una diferencia doctrinal, cuál es la de no plantearse el problema de si son o no mayores de edad.

En ambos casos, los maestros y los directores de ar--tes y oficios, solo son responsables por los daños causados --- mientras estén bajo su vigilancia efectiva.

La responsabilidad establecida en este artículo tiene su fundamento en una "culpa in vigilando" que ha sido cometida--por el padre, tutor, director o maestro, con respecto a sus hi--jos, dependientes o discípulos. Se trata pues de una responsabilidad por propia culpa, y no derivada por consiguiente de un hecho ajeno, aunque el daño que la motiva encuentra su origen en el hecho culposo o negligente del tercero. En el artículo cita--do se establece una presunción de culpa en contra de esas personas, que puede desvirtuarse mediante la prueba de haber empleado la diligencia normal exigible para evitar el daño. No estamos -- ante un caso de responsabilidad objetiva, sino de una responsa--bilidad subjetiva, que en beneficio de la víctima se agrava con

una inversión de la carga de la prueba, (813), a la que la jurisprudencia ha dado un matiz objetivista al exigir una prueba-vigorosa de que se empleó la diligencia requerida en la vigilancia o en la elección (S. de 3 de octubre de 1961), pero que no desvirtúa el principio de la responsabilidad por culpa.

Al lado de la regulación del Código civil, habrá que tener también en cuenta la responsabilidad que se establece por los actos de terceras personas en diversas disposiciones legales (814).

---

(813) Vid. SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 333; y Sentencias de 2 - de diciembre de 1968 y 24 de febrero de 1969. En contra - RUBIO, Ob. cit., Pág. 50.

(814) Tal sería el caso por ejemplo de la responsabilidad civil del propietario de un vehículo por los daños causados por el conductor del mismo impuesta por el art. 278 del Código de la circulación, y más concretamente y ya referida - al caso del seguro de vehículos de motor, está la responsabilidad del asegurado de reparar los daños causados por el conductor del vehículo, que de modo imperativo aparece cubierta por el seguro (art. 20 del Reglamento sobre el - seguro obligatorio). Esta responsabilidad nada tiene que ver con la impuesta por el art. 1903 a los padres con respecto a sus hijos, a los empresarios por sus dependientes y a los directores y profesores de autoescuelas por sus - alumnos. Otros supuestos serían el de la responsabilidad de las Compañías de ferrocarriles por los hechos culposos o negligentes de sus empleados, regulado por la Ley de - policía de ferrocarriles de 1877 y su Reglamento de 1878; y el de los daños causados por terceras personas tales como criados, hijos o empleados en el ejercicio de la actividad de caza regulados en la Ley de Caza de 1970.



B) La responsabilidad civil derivada de las infracciones penales de un tercero.

Paralelamente a lo dispuesto en el Código civil para la responsabilidad por hechos ilícitos, se establece también en el Código penal una responsabilidad civil por los delitos o faltas cometidos por terceras personas. En nuestro ordenamiento jurídico se ha seguido el criterio de separar la responsabilidad ci-vil derivada de acto ilícito civil y la derivada del ilícito pe-nal, quizá por imperativo del art. 1092 del Código civil que establece que las obligaciones nacidas de delito se regirán por el Código penal, y a diferencia de lo establecido por las legislaciones más modernas, que han unificado la materia bajo las normas de la responsabilidad por actos ilícitos en general (815).

La problemática que esta responsabilidad presenta dentro del marco de nuestro estudio puede centrarse en la cuestión de la asegurabilidad de las consecuencias patrimoniales derivadas de un delito. La solución a este problema ha sido abordada en el capítulo anterior al tratar de los efectos patrimoniales de la culpa penal, pero conviene recordar aquí que no siempre es posible asegurarse frente a las consecuencias patrimoniales de un delito, pues unas veces esas consecuencias se corresponden directamente con la pena aplicable, es decir se trata de sancio

---

815.- Código civil alemán parágrafo 829; código de obligaciones suizo (art. 54 y 55); Código civil italiano art. 2047 a -

nes o penas pecuniarias como es el caso de las multas, y otras proceden de actos dolosos del asegurado cuyo seguro esta prohibido bien sean dichos actos constitutivos de un ilícito civil o penal. Sin embargo, hemos admitido el seguro de la responsabilidad civil derivada de la culpa, de donde deviene, en principio, la asegurabilidad parcial de este tipo de responsabilidad.

Nos enfrentamos ahora con una responsabilidad derivada de un delito pero que se impone a unas personas diferentes de las autoras de éste, en base a que a ellas se les encomienda la guarda o vigilancia de otras que de ellas dependen, y que hay que encuadrar entre los supuestos previstos por el art. 396 del Código de comercio, pues se trata también de personas por las que el asegurado responde civilmente.

El hecho de que la responsabilidad provenga de un delito de una tercera persona, no supone ningún hecho diferenciador frente a la responsabilidad civil por acto ilícito no penal, pues el fundamento de la obligación de reparar el daño, no se basa en ninguna conducta delictiva del asegurado, sino que se basa en una falta de diligencia en la vigilancia o en la elección de las personas a su cargo. La ruptura de la identificación entre

---

./.. 2049. Una critica de nuestro sistema legislativo puede verse ya en la obra de GROIZARD, El Código penal de 1.870 con cordado y comentado, cit., pág. 702, y más recientemente en SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág 361. Defiende en cambio la solución legal CUELLO CALÓN, Ob. cit., I, 2, pág. 751

entre la pena y la reparación del daño, realizada por la doctrina, ha puesto de manifiesto la posibilidad de asegurar esta última, pues no estamos en presencia de una responsabilidad impuesta como sanción de un hecho delictivo porque no se trata, en primer lugar, de proteger un interés público al obligar a reparar el daño causado, sino de un interés privado; en segundo lugar, en el caso que nos ocupa no viene motivada por un hecho delictivo personal sino de un tercero; y tampoco se impone finalmente en base a una culpabilidad de éste sino que puede darse aún cuando no sea culpable el autor del delito (816).

En la delimitación del círculo de personas por las que el asegurado debe responder civilmente, hay pues que incluir también a aquéllas que se indican en el ordenamiento penal como motivadoras o causantes de una responsabilidad semejante.

El Código penal en su art. 20 hace responsables de los actos delictivos de los menores de dieciseis años, dementes o sordomudos a los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no ser que estos hagan constar que no hubo negligencia por su parte. El art. 21 impone a los posaderos, taberneros y cuales -

---

816.- CUELLO CALON, Ob. cit., I-2, pág. 753 y ss. Vid. También sobre la responsabilidad civil derivada de un delito: ALONSO CORTES, Fundamento de la responsabilidad civil delictual, Valladolid, 1.961; REYES MONTERREAL, Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas, Madrid, 1955; SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 361; QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código penal, Madrid, 1.966, págs. 296 y ss.; RODRIGUEZ DE VESA, Ob. cit., pág. 805.

quiera persona o empresas, una responsabilidad civil por los delitos que se cometan en los establecimientos que dirijan, siempre y cuando hayan incurrido directamente, o a través de sus dependientes en una infracción de los reglamentos de policía relacionados con el hecho punible. Si el primer caso es claro, y no plantea ningún problema especial, pues se trata de supuestos similares a los contemplados por el art. 1903 párrafos 2º y 3º del Código civil, en los que se impone una responsabilidad que deriva de una culpa de la persona bajo cuya potestad se encuentran aquellas personas en atención a que pese a no existir un delito, si hay en cambio una situación social injusta, pues ha habido un perjuicio y una víctima a la que debe indemnizarse; no sucede lo mismo con lo preceptuado en el art. 21, en el que se puede discutir si se trata de una responsabilidad derivada de la infracción de un reglamento administrativo, que puede dar lugar a la producción de un delito, o si se impone una responsabilidad por un tercero extraño que también encontraría explicación en la culpa del asegurado. Lo que es indudable es que tal responsabilidad podría cubrirse por el seguro (817).

El art. 22 establece una responsabilidad civil de los amos,

---

817.- El art. 21 hace responsables también a los posaderos de los efectos robados o hurtados en sus establecimientos siempre que los huéspedes hubieran dado cuenta de su depósito y observado las indicaciones que se les hicieren sobre el cuidado y vigilancia de dichos efectos. Como más adelante veremos al extender la garantía del seguro por los actos de terceras personas, a otros ramos diferentes del seguro de incendios, habrá que incluir también este tipo de responsabilidad civil entre las cubiertas por el seguro de robo.



maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que incurrieran los criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Al no exigirse ninguna culpabilidad en la actuación de los sujetos responsables se ha hablado de una responsabilidad - objetiva de éstos, que vendría a romper con el principio de la propia culpa predominante en nuestro ordenamiento (818). Sin embargo, la doctrina reacciona contra esta concepción y ha fundamentado la responsabilidad civil del art. 22 del Código penal, en una culpa "in vigilando" o "in eligendo" del responsable subsidario, aunque dicha culpa sea presumida del mismo modo que - sucedía en el Código civil, pero con la diferencia de la no admisión en este caso de una prueba en contrario. El art. 22 establece pues una responsabilidad para el amo, maestro o empresario por haber faltado a la diligencia debida en la vigilancia - o cuidado de los dependientes o en la elección de los mismos, - que se presume en todo caso y que tiene el carácter de presun-ción "iuris et de iure" (819).

Al no encontrar base legal alguna esta posición, pues la -

---

818.- Vid. la S. de 23 de noviembre de 1.967 en el sentido de - establecer una responsabilidad sin culpa.

819.- QUINTANO RIPOLLES, Comentarios...cit., pág. 301, y S. de 11 de marzo de 1.971 y 14 de junio de 1.967.

responsabilidad que se establece solamente mira la relación de dependencia y subordinación existente, se ha tratado de hallar otro fundamento más acorde con el texto del precepto citado. Se ha señalado por esto que la responsabilidad deriva de que el dependiente actúa en beneficio del responsable, y que por tanto de acuerdo con el principio, "cuius est commodum ejus est periculum", deberá asumir la persona a la que se le atribuya la responsabilidad, los perjuicios, del mismo modo que hace suyos los beneficios (820).

Una vez resuelto el problema del fundamento, nos queda solamente contemplar las personas a las que el artículo se refiere y examinar los requisitos que se establecen.

En cuanto a las personas, al igual que sucedía con los artículos precedentes, se trata de supuestos similares a los contemplados en el Código civil (art. 1903) con las excepciones de los amos y criados no incluidos en la regulación civil, pues solo se habla de hijos y no de las demás personas que vivan en la comunidad familiar, y del empleo de una terminología diferente por lo que se refiere a las entidades, organismos o empresas - que se traduce en una responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes, e incluso una responsabili-

---

820.- SANTOS BRIZ, Ob. cit., pág. 363, y S. de 13 de mayo de 1967

dad de los entes públicos por los delitos cometidos por las personas a su servicio (821). La jurisprudencia ha señalado también por otra parte, que no se trata de una enumeración exhaustiva y que por tanto es posible incluir otros supuestos análogos (822).

El precepto penal citado hace fererencia también a dos presupuestos necesarios para que exista responsabilidad civil: una relación de dependencia o subordinación, y una actuación dentro de los límites de las obligaciones propias de estas personas dependientes. Según esto se requiere un cierto vínculo entre el responsable y el autor del daño, que someta a éste a la autoridad de aquél, aún cuando no medie ni contrato ni retribución - (823). La relación de parentesco no basta por sí sola para crear este vínculo lo necesario para que surja la responsabilidad (824). El segundo de los requisitos que hace referencia a que el delito sea concebido en el desempeño de sus obligaciones o servicio, es similar al exigido por el art. 1903 párrafo 4º del Código civil, siendo pues aplicable aquí cuanto se ha expuesto en el apartado anterior (825).

---

821.- Vid. QUINTANO RIPOLLES, Ob. cit., pág. 303.

822.- S. de 13 de mayo de 1967

823.- Vid. S. 15 de febrero 1966; 23 de diciembre 1965 y 13 mayo 1967.

824.- S. 30 septiembre 1965; 23 junio 1969 y 29 abril 1964.

825.- Como jurisprudencia penal específica sobre este requisito pueden verse: S. de 14 de marzo de 1966 que excluye los -  
./.

4.- Ampliación del círculo de personas por las que el asegurado debe responder civilmente. La responsabilidad por las auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones.

En el Derecho civil se establece pues al lado de la responsabilidad por los actos propios, una responsabilidad por los actos ajenos, o de terceras personas. Esta responsabilidad por el hecho de otra persona, se pensó inicialmente, era aplicable a los actos ilícitos realizados al margen de un contrato, es decir, a la llamada responsabilidad extracontractual, y de este modo se recogía en los Códigos una responsabilidad de los padres, maestros, tutores, propietarios o directores de empresas, por los hechos culpables de sus hijos, familiares, discípulos, empleados y dependientes. Más tarde, surge en la doctrina, la responsabilidad por terceras personas en el ámbito contractual, pues se considera que las personas deben también responder por los hechos culpables de aquéllas de las que se sirven para el cumplimiento de las obligaciones. Esta responsabilidad, sin embargo, no fue abordada por los Códigos del siglo pasado, debido fundamentalmente a la confusión doctrinal reinante, que identificaba los supuestos de culpa contractual y extracontractual con intervención de un tercero, y sancionaba a ambos con una responsabilidad similar por acto ilícito; solo se contiene en algunas de las legislaciones más modernas (826). Ha sido BECQUE

---

826.- B.G.B. parágrafo 278; O.R. suizo art. 101. Código civil italiano, art. 1228.



(827), quien primero puso de relieve la diferenciación de la responsabilidad delictual y contractual por hecho ajeno, de modo similar a la existente entre las esferas contractual y extra contractual cuando se trata de un hecho propio. En la ejecución de los contratos, el deudor puede valerse de una tercera persona para la realización de las prestaciones a las que está obligado; esto le conducirá a una responsabilidad contractual por el hecho de esta persona que recibirá un trato diferente del establecido para la responsabilidad por hecho ilícito derivada del art. 1902 del Código civil.

En el Derecho del seguro se ha planteado a la vista de lo expuesto la posibilidad de extender el círculo de personas por las que el asegurado debe responder civilmente, a los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, y también, en consecuencia, la cobertura que otorga el contrato de seguro. Según esto habrá que incluir entre las personas por las que se impone una responsabilidad al asegurado a los terceros de los que se vale para la realización de sus obligaciones contractuales (828). Esta solución es lógica si se piensa que el asegurado debe responder por los terceros en muchos casos, aún no existiendo cul-

---

827.- BECQUE, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (Contribution à l'étude du droit comparé des obligations). Rev. Trim. Droit civil, 1914, pág. 251

828.- PICARD-PESSON, Tratado ...cit., II, pág. 78; VISINTINI, La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari, Padova, 1.965, pág. III.

pa por su parte, pues la tendencia hacia una responsabilidad objetiva puede considerarse dominante en la doctrina, y no sería por tanto justo que no pudiera estar a cubierto frente a ese riesgo. El seguro por otra parte, como ya hemos indicado, no supone una exoneración de la responsabilidad, pues esta no desaparece, sino que se desplaza, y lejos de suponer un perjuicio para la víctima antes bien hay que considerarlo como una garantía de que el acreedor será indemnizado por el incumplimiento contractual culpable.

Pero antes de hablar del seguro, conviene referirnos, aunque sea brevemente, a la naturaleza de esta responsabilidad, y a las personas que la originan.

A) Fundamento de la responsabilidad contractual por un tercero.

La cuestión de la responsabilidad contractual por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones es hoy de gran trascendencia, y puede considerarse fundamental en el tráfico comercial, pues actualmente la mayoría de los contratos se realizan no por los deudores, sino que la realización y el cumplimiento de las prestaciones que de ellos derivan quedan encomendadas a otras personas, empleados o dependientes del deudor. Esta práctica tan extendida ha llevado a la doctrina a ocuparse ampliamente del tema y a elaborar toda una teoría general sobre

La responsabilidad contractual por terceras personas (829).

Esta responsabilidad se caracteriza fundamentalmente por - derivar de un contrato que liga a dos personas y que impone a - una de ellas una obligación en favor de la otra; es por eso por lo que se necesita para que surja esa responsabilidad un contra - to válido celebrado entre esas personas, y que el perjuicio o - daño que ocasiona la responsabilidad derive del incumplimiento del contrato (830). Pero esta responsabilidad, además de produ - cirse solo entre las partes que intervienen en el contrato, es tambien una responsabilidad por terceras personas, pues solo - considera el hecho de que quien incumple el contrato no sea la propia persona contra la que se ejercita la acción. El deudor - no es el autor del daño, pues si él por sí mismo incumpliera la obligación contractual estaríamos ante un supuesto diferente de responsabilidad personal. La situación que contemplamos aqui es la de un incumplimiento de una obligación contractual por una -

---

829.- Véase además de la obra de BECQUE ya citada, en el Derecho suizo BEZZOLA, La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation, Geneve, 1937. En Italia, vid. FERRARA, Responsabilità contrattuale per fatto altrui, Scritti giuridici II, Milano, 1954, pág. 63 y VISINTINI, Ob. cit., En lema nia vid. la ya clásica de NUSSBAUM, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB in Vergleichung mit dem Gemeinen und Landesrecht, Berlin, 1898, y entre los más recientes KLEIN DIENST, Die Entsprechende Anwendung des § 278 BGB bei mit wirkenden Verschulden, Neue Juristischen Wochenschrift, 1960 pág. 2028. En nuestro país, TORRALBA SORIANO, La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, A.D.C. 1971, pág. 1143. Aurelio MENENDEZ, La - barateria...cit., pag. 241.

830.- BECQUE, Ob. cit., pág. 304; MAZEAUD-TUNC, Tratado...cit. I 2-pag. 687.

persona diferente del deudor al que le ha sido encomendada por éste la realización de la prestación. Se trata de una responsabilidad por los auxiliares de los que se sirve el deudor para el cumplimiento de las obligaciones.

¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno?. Al tratar de resolver esta cuestión nos enfrentamos de nuevo con las dos tesis contrapuestas la de la culpa y la del riesgo.

La doctrina tradicional se ha inclinado por la responsabilidad del deudor solamente en el caso de que éste hubiera incurrido en una culpa en la elección o en la vigilancia de los auxiliares. Esta teoría, sin embargo, deja en descubierto al acreedor cuando el deudor no tuvo culpa en el incumplimiento de la obligación, pues el anormal desenlace de la relación contractual no implica siempre una culpa por parte de éste. Por esto se ha criticado esta posición, pues la admisión del sustituto o del auxiliar en el cumplimiento de la obligación debe conducir a una ampliación de la responsabilidad del deudor en atención al cual se contrata, pues de no ser así se empeoraría la situación del acreedor (831). La reacción frente a esta teoría clásica de la culpa ha motivado una corriente doctrinal que trata de hallar una solución que supere las deficiencias de la teoría de la pro

---

831.- LARENZ, Derecho de obligaciones, I, Madrid, 1.958, pág. - 293 y ss.



pia culpa. Para esto se ha sostenido que el deudor lo que hace es prometer una garantía del hecho de los auxiliares, se trata de una obligación implícita a la que se compromete el sujeto y por la que responderá, pues de no cumplirla incurrirá en culpa (832). Sin embargo, la base es bastante débil, pues el deudor, aún no queriendo garantizar el hecho de terceros, deberá responder.

La crítica de la teoría de la culpa no supone el que automáticamente haya que pensar en una responsabilidad por riesgo u - objetiva que se impone al deudor en todo caso. La solución puede hallarse en la teoría de la responsabilidad por el representante, dominante hoy en la doctrina alemana. Según esta teoría, el que debe una prestación debe una prestación propia diligente, y el que debe una prestación ajena, debe también una prestación ajena diligente, pero si se debe una prestación en la que no se determina quién deberá realizarla, el deudor responderá de la - prestación diligente de la persona que la realiza. (833). Es decir sería aplicable la doctrina de la representación, de modo - que cuando una persona obra las consecuencias de dicha actuación se imputan al representado quien deberá responder por ellas, en consecuencia la culpa contractual del representado se imputa al

---

832.- Vid. BECQUE, Ob. cit. pág. 280 en donde se hace una exposición y crítica de esta tesis. También DIEZ PICAZO, Ob. cit. pág. 713 y 714.

833.- ENNECCERUS, Tratado...cit., II, -1-1, pág. 233.

deudor como si se tratara de propia culpa. El fundamento jurídico de las personalidades del deudor y su representante (834). - En nuestra doctrina, aunque se observa una tendencia a señalar la progresiva admisión de la responsabilidad objetiva, sin embargo, se continua afirmando la responsabilidad por culpa en materia contractual (835).

Una vez sentadas las premisas en que se basa esta responsabilidad por tercero, podemos pasar a ocuparnos de las reglas que la rigen, y de las personas que serán responsables.

#### B) Determinación de las personas responsables en el Derecho español

En nuestro Derecho positivo no encontramos una norma general que regule la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, sino que solamente se contempla esta responsabilidad en algunos preceptos aislados. Convendrá pues, examinar estos textos legales para deducir si ellos responden a un principio general, o por el contrario se trata de supuestos excepcionales previstos por las leyes (836).

---

834.- BECQUE, Ob. cit. pág. 284; FERRARA, Ob. cit. y 117 y ss. MEZEAUD-TUNC, Tratado...cit., I-2, pág. 701, aunque con diferentes argumentos.

835.- Vid. CASTAN, Ob. cit., III, Ed. 1967, pág. 189; DIEZ PICALZO, Fundamentos...cit. I, pág. 694; PUIG-BRUTAU, Fundamentos...cit. I, II, Barcelona, 1959, pág. 417.

836.- TORRALBA SORIANO, Ob. cit., pág. 1153.

En el Código civil nos encontramos en primer lugar con que los arts. 1783 y 1784 establecen una responsabilidad de los fondistas y mesoneros por los daños causados por sus auxiliares y dependientes, e incluso por los terceros extraños en los efectos introducidos en sus establecimientos, con las excepciones de que los huéspedes observen las indicaciones que se les hicieren sobre el cuidado y vigilancia de estos efectos y que el daño producido en estos efectos no provenga de robo a mano armada o de fuerza mayor. La misma responsabilidad se impone a los conductores de efectos por tierra y por agua, en cuanto a la guarda y - conservación de las cosas que se les confían a no ser que prueben que las pérdidas o averías se debieron a caso fortuito (art. 1601 y 1602 Código civil) (837).

El art. 1564 establece una responsabilidad del arrendata - rio por el deterioro causado por las personas de su casa que le sustituyen en el cumplimiento de las obligaciones que se deri - van del art. 1561 del Código civil.

El art. 1596 establece la responsabilidad del contratista

---

837.- En contra de esta opinión VISINTINI, (Ob. cit. pág. 66 y 67) que sostiene que la responsabilidad del posadero y del transportista no deriva del hecho del auxiliar sino que - se trata de una responsabilidad "ex receptum". También se muestra partidario de esta opinión en el caso del transpor - tista DIEZ PICAZO, Ob. cit. pág. 700. En sentido contrario MAZEAUD-TUNC, Tratado...cit., I-2, pág. 694 y 695; TORRAL - BA SORIANO, Ob. cit., pág. 1152.

por el trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la -- obra.

Por último, el art. 1721 del Código civil impone una responsabilidad al mandatario si incurrió en culpa al nombrar a su sustituto (838).

De los artículos citados es difícil deducir una regla general que regule la responsabilidad por el auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones; se trata más bien de supuestos especiales de responsabilidad contractual por terceras personas. Sin embargo, una normativa general puede deducirse, en opinión de TORRALBA SORIANO (839), no ya de los preceptos mencionados sino del exámen de los artículos del Código civil referentes al cumplimiento de las obligaciones. En efecto según este autor, en las obligaciones genéricas se sigue la regla de que el género no perece nunca, según la cual parece que la responsabilidad del deudor por el cumplimiento de su obligación es objetiva, y no cesa aún cuando la cosa se pierda por su culpa o por caso fortuito. Siguiendo con esta regla podemos concluir una responsabilidad por el hecho de los auxiliares, pues, aunque el pere-

---

838.- Un sector de la doctrina ha negado la posibilidad de que el mandatario nombre a un auxiliar para que le sustituya, cosa que si no media prohibición expresa podrá hacerse en opinión de PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, - Tratado...cit., II-I Edición 1.966, pág. 601.

839.- TORRALBA SORIANO, Ob. cit., pág. 1154.



cimiento se deba a éstos, se seguirá debiendo la prestación por parte del deudor. En cuanto a las obligaciones específicas el deudor solo se libera probando que la pérdida se debió a caso fortuito. Si la pérdida se produce estando la cosa en poder de un auxiliar del deudor jugará la presunción del art. 1183 del Código civil, pues no cabe considerar la actuación del auxiliar como un hecho fortuito porque se trata de un hecho que no puede considerarse extraño al deudor y por tanto es algo previsible y evitable que no concuerda con la noción de caso fortuito del art. 1105 del Código civil. Por consiguiente, al no poderse considerar el hecho del auxiliar como un caso fortuito, único supuesto que liberaría al deudor, habrá que concluir que este responderá del hecho de sus auxiliares (840). En las obligaciones de hacer, si se trata de un hacer personalísimo no podrá el deudor emplear auxiliares, y si lo hiciera, deberá responder por ellos como por culpa propia incluso cuando el incumplimiento haya sido debido al auxiliar. En el caso contrario, si se produce un incumplimiento el art. 1098 impone el cumplimiento a costa del deudor, con independencia de que se deba la no realización a hecho propio culpable o no, o a hecho de los auxiliares, a excepción del supuesto del caso fortuito. Luego también habrá que concluir con el citado autor, que estamos ante una responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

Esta responsabilidad se impone, pues, en nuestro ordenamiento, pero lo que sucede es que en los artículos citados se establece la obligación general básica del deudor en todo caso, dela que solo puede liberarse probando un caso fortuito que impide el cumplimiento, lo que nos lleva a afirmar que si la prestación no se realiza por que interviene un auxiliar que origina el incumplimiento, el deudor seguirá obligado a pagar la prestación, pues no se trata de un caso fortuito.

Esta teoría que demuestra claramente la existencia de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, trata también de fundamentar la responsabilidad del deudor, en un riesgo y no en una culpa de éste, (841), lo que indudablemente es difícil de mantener a la vista del art. 1101 del Código civil que impone la indemnización por los daños causados en el cumplimiento de las obligaciones solo cuando existe una culpabilidad del deudor; por ello habrá que concluir con la doctrina tradicional que si bien h y que admitir una responsabilidad contractual por auxiliares, esta solo será exigible si existió una falta de diligencia por parte del deudor (841 bis).

---

841.- TORRALBA SORIANO, Ob. cit. pág. 1155. Seguido por DIEZ PI CAZO, Ob. cit. pag. 700 y 701.

841 bis.- En la doctrina mercantil se ha mantenido aisladamente que una responsabilidad semejante podría deducirse, sin embargo del art. 1903 apartado IV - (RUBIO, La responsabilidad...cit., pag. 57)

C) Delimitación del concepto de auxiliar en el cumplimiento.

¿Quiénes pueden considerarse auxiliares en el sentido que veníamos hablando?. En principio serán auxiliares del deudor to dos aquellos de los que éste se sirve para la realización de las prestaciones debidas por el contrato.

La doctrina ha venido exigiendo los dos requisitos siguientes para poder considerar a una persona como auxiliar: En primer lugar un acto del deudor que ponga al auxiliar en condiciones de ejecutar la obligación, y en segundo lugar que el auxiliar no - este ligado con el acreedor por ningún vínculo (842).

Conforme a esto será pues el deudor quien debe elegir al - auxiliar, pues se requiere una actuación voluntaria de este para que podamos considerar al tercero como auxiliar en el cumpli miento de las obligaciones. Además, deberá también ponerle en - condiciones para que pueda realizar la prestación. En el caso - de una intervención de un tercero por sí mismo, no estaremos en presencia de un auxiliar, pues este tercero actúa contra la voluntad del deudor (843).

Ahora bien, el auxiliar debe actuar como un dependiente o

---

842.- VISINTINI, Ob. cit., pág. 63 y 64.

843.- MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., 122, pág., 689

puede hacerlo de un modo autónomo usando de su propia iniciativa y sometiéndose por tanto solo a las indicaciones generales - del deudor. Esta cuestión parece resolverse en la doctrina en - favor de la segunda de las hipótesis mencionadas, es decir, que hay que considerar también como auxiliares en el cumplimiento - a aquellas personas que actúan por encargo o por cuenta del deudor dentro de la actividad propia de dicho deudor y no solo a - las personas a las que el deudor instruye para el cumplimiento de una obligación concreta (844). Se incluyen pues, dentro de - esta categoría no solo los dependientes y auxiliares del empresario, sino también incluso los empresarios autónomos como los bancos, profesionales o incluso amigos a los que se solicita el cumplimiento de la obligación (845).

La actuación autónoma e independiente de éstos nos lleva - a distinguir entre los auxiliares según dependan directamente - del deudor o gocen, por el contrario, de autonomía. Los primeros serán los auxiliares propiamente dichos, en el sentido estricto de la palabra, mientras que a los segundos se les ha venido conociendo por "sustitutos" recogiendo una terminología que emplea - la doctrina francesa (846).

---

844.- LARENZ, Ob. cit., pág. 295

845.- VISINTINI, Ob. cit., pág. 69

846.- MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I-2, pág. 692.



Los auxiliares en sentido estricto, colaboran con el deudor ayudándole en el cumplimiento de las obligaciones, están bajo su directa dependencia y actúan siempre siguiendo sus instrucciones. En esta categoría se comprenden no solo los criados, familiares y demás personas que emplea el sujeto en la realización de las prestaciones que derivan de un contrato, sino también los auxiliares que a su vez utiliza un auxiliar nombrado por el deudor y especialmente los llamados auxiliares del empresario (847).

Los auxiliares del empresario son aquellos que están ligados de un modo estable a aquel mediante un vínculo de naturaleza laboral, están dotados de facultades representativas y realizan negocios jurídicos propios del tráfico del establecimiento mercantil, en nombre y por cuenta del empresario.

Indudablemente encuentra aplicación la responsabilidad contractual de la que venimos hablando también en el campo mercantil, y más concretamente en el terreno de los auxiliares del comerciante en sentido técnico-jurídico. Según esto, el empresario o principal deberá responder de los actos realizados por el factor siempre y cuando este obre dentro de los límites de su poder (art. 285 del Código de comercio). También responderá el empresario, si, pese a no haber autorizado el acto o negocio que realiza el factor, ha creado una apariencia de representata-

---

847.- VISINTINI, Ob. cit., pág. 71.

ción (art. 286 del Código de comercio). (848). La misma responsabilidad se impone al empresario por los actos de sus dependientes (art. 292 párrafo 2º Código de comercio) y los mancebos (art. 293 del Código de comercio).

Se incluirá también en esta categoría la responsabilidad - que el art. 618 del Código de comercio impone al naviero por - los actos del capitán del buque frente a los terceros que hayan contratado con él (849).

Frente a estas personas subordinadas al deudor, nos encontramos con otros auxiliares que actúan independientemente, como los bancos, agentes mediadores, abogados y otros miembros de profesiones liberales; el deudor les encomienda el cumplimiento de una obligación pero en su realización actúan de un modo autónomo. Estas personas a las que hemos dado en llamar sustitutos, porque reemplazan materialmente al deudor en la ejecución de la prestación, plantean el problema de si comprometerán la responsabilidad del deudor con su actuación independiente. La opinión mayoritaria en la doctrina considera que no es un obstáculo para -

---

848.- Sobre la diferente problemática relativa al poder de representación de los auxiliares, y al vínculo jurídico que les liga con el empresario vease; Aurelio MENENDEZ, Auxiliares del empresario, R.D.M., 1959, I, pág. 269 y ss, y BORRAJO DACRUZ, Los auxiliares del comerciante en el Derecho español, R.D.M. 1957, I, I, pág. 7 y ss., y 245 y ss.

849.- Vis. Aurelio MENENDEZ, La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de comercio, R.E.D.M. 1.966-67, pag. 65.

la responsabilidad del deudor la no existencia de una relación de dependencia entre el auxiliar o sustituto que obra y el sujeto que lo emplea (850), pues lo fundamental en el caso que nos ocupa es que el deudor permanece directamente obligado frente - al acreedor aunque obre a través de un sustituto que actúa independientemente, porque la sustitución que se produce no consiste en colocar al auxiliar en la misma posición jurídica del deudor, sino que se trata de algo material, es decir, se coloca al auxiliar en lugar del deudor solamente en cuanto a la ejecución de la obligación quedando ligado el deudor siempre.

La diferencia pues entre la responsabilidad contractual y extracontractual por el hecho de un tercero auxiliar del deudor supone una aplicación en el círculo de las personas por las que se debe responder civilmente. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual el empresario solo responde por el hecho de - sus dependientes que se produzca n el desempeño de sus funciones. Dentro del marco de la responsabilidad contractual el empresario deberá responder no solo de sus dependientes, sino de cualquier otra persona de la que sirva para el cumplimiento de la obligación, aún cuando esta no se encuentre ligada al deudor por otro vínculo que el de la amistad (851).

---

850.- VISINTINI, Ob. cit., pag. 69; MAZEAUD-TUNC, Ob. cit. I-2, pag. 692; ENNECCERUS, Ob. cit. pág. 234 y 235.

851.- VISINTINI, Ob. cit., pág. 71.

También podemos hallar otra diferencia entre ambos tipos de responsabilidades por lo que respecta a los hechos de los auxiliares y de los dependientes. Se plantea, en efecto, la cuestión de si la responsabilidad contractual del empresario comprende los daños causados en el ejercicio de sus funciones por los dependientes solamente o por el contrario ha de extenderse a los que se producen con ocasión del cumplimiento. La doctrina, en una primera toma de posición frente al tema, estimaba que la responsabilidad del deudor debía abarcar ambos tipos de daños pues el acreedor que sufre el daño tiene derecho a una indemnización siempre que dicho daño provenga del deudor, y en este caso si se daría este hecho pues ha sido el deudor el causante indirecto del daño al poner al auxiliar en condiciones de producirlo (852). Sin embargo más tarde se reacciona contra esta concepción y se limitan las responsabilidades a los daños causados en el cumplimiento de la obligación, siendo actualmente esta la posición dominante (853).

Según esto el deudor será responsable contractualmente por los daños que ocasionen sus auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, y extracontractualmente de los daños que estos causen con ocasión del cumplimiento, siempre y cuando se den en es-

---

852.- FERRARA, Ob. cit., pág. 132.

853.- Vid. BECQUE, Ob. cit., pág. 304; ENNECCERUS, Ob. últ. cit. pág. 235; VISINTINI, Ob. cit., pág. 129.



te último caso los requisitos necesarios para la aplicación del art. 1903 en su párrafo 4º del Código civil, pues en este precepto se impone la responsabilidad por la actuación de los dependientes también en el caso de que ésta se produzca "con ocasión de sus funciones" (854).

Por último se ha planteado el problema de la culpa de los auxiliares. La cuestión aparece formulada de la siguiente manera: ¿es preciso que el auxiliar obre con culpa para que pueda exigirse una responsabilidad al deudor?. La respuesta afirmativa se impone a nuestro juicio pues si la obligación ha sido cumplida no se derivará ninguna responsabilidad, y lo mismo si el incumplimiento se debiera a fuerza mayor o a caso fortuito (855), pues no se concibe una responsabilidad del deudor por un hecho no culposo - de su auxiliar o dependiente.

---

854.- TORRALBA SORIANO, Ob. cit., pág. 1165.

855.- La cuestión aparece también como discutible en el Derecho Comparado. VISINTINI, en Italia opina que no sería lógico un trato más favorable en el caso del auxiliar del que solo se respondería por dolo o culpa que en caso del propio deudor que responde siempre salvo que la cosa se pierda por caso fortuito y devenga la prestación imposible. Por tanto habrá que concluir que el deudor asume la responsabilidad por incumplimiento también en todo caso aún si se vale de auxiliares para el cumplimiento (Ob. cit., pág. 117). Esta posición se ha mantenido también en Francia aunque no se trata de una opinión dominante. Vid. BECQUE, Ob. cit., pág. 304; en contra MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., 1-2, pág. 710. En derecho alemán se precisa una culpa del auxiliar para que se imponga al deudor una responsabilidad (art. 278 BGB) - vid. ENNECCERUS, Ob. cit., pág. 233 y nota 1.

El deudor por otra parte responderá de los hechos tanto dolosos como culposos de sus auxiliares. El hecho de que intervenga una culpabilidad mayor o menor en la conducta del auxiliar no afecta a la responsabilidad contractual impuesta al deudor (856). Por consiguiente el deudor podrá exonerarse de su responsabilidad mediante pacto o asegurar esta responsabilidad incluso si proviene de un hecho doloso del auxiliar (857).

Si el deudor es una sociedad mercantil responderá también - por el hecho de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, en la determinación de estas personas se impone una distinción. En las sociedades existen, de un lado, una serie de personas que aparecen ligadas a esta por un vínculo similar a los ya examinados, son los dependientes o empleados de la sociedad. Pero de otro lado nos encontramos con otras personas unidas a la sociedad por un vínculo de naturaleza distinta, cual es la relación orgánica; se trata de los administradores de la sociedad y de los órganos delegados de la misma. Ambos realizan actos jurídicos por cuenta de la sociedad, pero su consideración es bien distinta y no comprometen de la misma manera la responsabilidad de la sociedad (858).

---

856.- MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I-2, pág. 715.

857.- ENNECERUS, Tratado...cit. II-1, pág. 233, VISINTINI, Ob. cit. pág. 65; MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., pág. 714; Con ciertas dudas también TORRALBA SORIANO, Ob. cit. pag. 1166. En contra GARCIA AMIGO, Ob. cit., pág. 155 y ss.

858.- En este sentido es interesante la S. de 3 de julio de 1968 que distingue entre auxiliares y órganos de la persona ju-  
./.

En cuanto a los primeros, los que están ligados a la sociedad por un vínculo generalmente de naturaleza laboral, habrá que concluir que tienen la categoría de auxiliares en el sentido anteriormente indicado, y que por consiguiente comprometerán a las personas jurídicas en cuanto a la responsabilidad de acuerdo con las normas generales trazadas, podrá ser asegurada aún cuando - proceda de un acto intencional o doloso del dependiente (859).

El acto doloso o culposo de los administradores de la sociedad no puede considerarse en cambio un hecho de un dependiente, ni de una persona por la cual se debe responder, pues en virtud de la relación que une a estas personas con la sociedad (relación organica), hay que considerar que sus actos se imputarán a la sociedad como si fueran los propios actos de la persona jurídica. No se trata aquí, de terceras personas con respecto a la sociedad sino de sus propios órganos, o personas que concurren a formar - la voluntad de ésta. Por lo tanto en la actuación de los administradores habrá que considerar los siguientes supuestos: Si el hecho doloso o culposo del administrador se produce en el curso de una actividad al margen del negocio o tráfico al que la sociedad

---

././ rídica, imponiendo a esta una responsabilidad personal por los actos de sus órganos, y una responsabilidad por el hecho de un tercero al amparo del art. 1903 del Código civil por los actos de sus dependientes.

859.- PICARD-BESSON, Traité ...cit., II, pág. 80. Vid. también - RESCIGNO, Il fatto degli amministratori...cit., pág. 122 y ss.

se dedica, no comprometerá la responsabilidad de ésta, sino que deberá responder el mismo administrador. Si se produce un abuso de poder por parte del administrador, será también responsable éste, aunque existen dudas en la doctrina sobre el caso de que exista un abuso de poderes representativos (860). Por último si actúa como órgano hará responsable a la sociedad por sus actos dolosos o negligentes, pero la sociedad en este caso responderá por sus propias acciones y no por el hecho de un tercero. Al actuar directamente la sociedad a través de sus órganos, los actos dolosos caerán bajo la prohibición del seguro de la provocación intencional del siniestro y serán por consiguiente inasegurables (861).

---

860.- Vid. RESCIGNO, Ob. cit., pág. 124

861.- PICARD-BESSON, Ob. y loc. últ. cit.



## 5.- Determinación de los riesgos cubiertos

Al tratar de los daños que cubre el contrato de seguro causados por aquellas personas por las cuales el asegurado es civilmente responsable, nos hemos venido refiriendo hasta ahora tan solo a los seguros de incendios y a los seguros marítimos que son los únicos en los que en nuestro ordenamiento legal se regula la materia de la provocación del siniestro por terceras personas, pero esto no quiere decir que la cobertura de la culpa de los auxiliares y dependientes del asegurado en la causación de siniestros solamente pueda darse en estos ramos del seguro. Se nos plantea pues aquí en primer lugar, el problema de determinar la extensión de los riesgos que pueden ser cubiertos, o, dicho en otros términos, de la aplicación de la garantía del seguro frente a los siniestros causados por estas personas que comprometen la responsabilidad del asegurado, a otros ramos del seguro.

Dejando a un lado los preceptos ya mencionados, relativos a los seguros de incendios y marítimo (art. 396 y 756 del Código de comercio), el resto de los artículos -- que se ocupan de los seguros en general y de los riesgos asegurables, establecen la posibilidad de asegurar los riesgos que provengan del caso fortuito o de los accidentes naturales (art. 438 del Código de comercio y 1791 del Código civil). Frente a esta limitación, que como hemos --

visto anteriormente, ha sido criticada por un amplio sector doctrinal (862), no cabría en principio sino el seguro de las actuaciones de los terceros que no tienen ninguna relación con el contrato de seguro, pues tales hechos se deben equiparar al caso fortuito desde el momento en que no juega la voluntad del asegurado, es decir, en que para él son tan imprevisibles como los accidentes naturales (863).

No sucede lo mismo con los siniestros causados por los familiares o dependientes del asegurado, que, si bien no tienen ninguna relación con el contrato de seguro, se encuentran, en cambio, vinculados con la persona del asegurado y actúan normalmente siguiendo órdenes de éste o bajo su directa vigilancia. En principio hemos de concluir que los hechos realizados por estas personas en orden a la provocación de un siniestro se diferencian de los realizados por los terceros extraños, y no pueden ser asimilados.

---

(862) Una crítica de la definición civil del seguro puede verse en GARRIGUES, Ob. cit., p. 18; SANCHEZ CALERO, Ob. cit., p. 444; URÍA, Derecho Mercantil... cit., p. 556.

(863) En la doctrina del seguro no se discute el carácter fortuito del hecho de un tercero que no está en convivencia con el asegurado. Vid. DONATI, Trattato... cit., II, p. 132; PICARD-BESSON, Les assurances... cit., I, p. 34 y 101; GARRIGUES, El contrato... cit., p. 284. También con respecto al hecho del tercero en general CASTAN, Ob. cit., I, 2, p. 618; ENNECCERUS, Ob. cit., I, 2, p. 443.

lados al caso fortuito, pues cabe una previsión por parte del asegurado que podría evitar el siniestro. Pero del fundamento de la responsabilidad por el hecho de un tercero se deriva el que en este punto noes estemos moviendo -- en el campo de una culpa personal del asegurado que ha faltado a la diligencia que le había sido impuesta en la elección o en la vigilancia de aquellas personas por las que se le impone una responsabilidad civil (864).

A la vista del fundamento de la responsabilidad por el tercero, de un lado, y dado que la normativa contenida en el Código de comercio sobre los seguros de incendios se aplica con carácter general a los seguros de daños, habrá que concluir, primero que es posible la generalización de la cobertura de los siniestros derivados de las actuaciones de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente, y en segundo lugar que la garantía prevista en el párrafo primero del art. 396 será aplicable a todos los seguros de daños (865).

---

(864) En este sentido vid. en general CASTAN, Ob. cit., IV, ed. 69, p. 855; MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., II, 2, p. 237; SAVATIER, Ob. cit., I, p. 395. Desde el punto de vista del seguro vid. SOLARI, Ob. cit., p. 77; PICARD-BESSON Ob. ult., cit., p. 276; GARRIGUES, El contrato... cit., p. 215.

(865) Vid. SANCHEZ CALERO, Ob. cit., p. 456; GARRIGUES, Ob. cit., p. 8.

Esta posición doctrinal ha sido discutida, sin embargo, al enfrentarla con aquellos supuestos en los que el daño que causan los terceros auxiliares o dependientes, lo ocasionan al propio asegurado, como sucede en el seguro de robo (866). Los partidarios de esta posición se basan fundamentalmente en que la responsabilidad civil del asegurado deriva de un daño contractual o extracontractual que ha sido causado a otra persona, y por consiguiente concluyen que no tiene sentido la aplicación cuando el daño ha sido causado al propio asegurado. Así se ha venido admitiendo tradicionalmente que el seguro de robo no comprendía los siniestros de esta naturaleza causados por los familiares y dependientes del asegurado ni tampoco los ocasionados -- por aquellas personas que convivían con él (867). Esta opinión que ha tomado como argumento fundamental las delimitaciones del riesgo contenidas en las pólizas, no es del todo exacta desde el punto de vista de los principios generales aplicables al Derecho del seguro. En efecto, se parte de una confusión que limita las personas por las que responde el asegurado, y los daños y perjuicios a indemnizar

---

(866) ANCEY-SICOT, Ob. cit., p. 74; PICARD-BESSON, Traité... cit., II, p. 81.

(867) En nuestra doctrina vid. BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, - Ob. cit., II, p. 299; GARRIGUES, El contrato... cit., p. 325; LANGLE, Ob. cit., III, p. 585; URÍA, Ob. cit., p. 579.



a los supuestos contemplados en los artículos dedicados a la regulación de la responsabilidad extracontractual por hecho de terceras personas frente a otras personas que no tienen vinculación alguna con el asegurado (art. 1903 del Código civil), es decir, se piensa en el delito o en la culpa extracontractual. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el art. 396 del Código de comercio no se impone ningún tipo de restricción en cuanto a los efectos que cause el incendio, pudiendo producirlos tanto sobre el propio asegurado, como sobre terceras personas, por lo que habrá que terminar estableciendo la cobertura por el seguro también de los siniestros que se originen sobre los bienes del propio asegurado (868).

Por otra parte, el seguro que garantiza al asegurado frente a los siniestros causados por terceras personas que de él dependen o por las que tiene que responder civilmente, encuentra su campo de aplicación más idóneo en el marco de los seguros de responsabilidad. El desarrollo de la responsabilidad por el hecho de un tercero ha motivado la consiguiente evolución de los seguros y así hemos visto que, a medida que se imponen al asegurado mayores responsabilidades, se va admitiendo una mayor amplitud en la

---

(868) En este sentido en la doctrina francesa PICARD-BESSON Traité... cit., II, p. 82. En nuestra doctrina OLIVENCIA, Ob. cit., p. 238 y 239.

cobertura de los riesgos, como puede apreciarse, por ejemplo, en el seguro del automovil que ha llegado hasta la cobertura de los riesgos derivados de las conductas delictivas de los asegurados (869). El seguro garantizará pues, - en este ramo, la responsabilidad civil que se derive de la culpa de un tercero, ya sea penal, contractual o extracontractual, pero nunca podrá cubrir la responsabilidad exclusivamente penal, que quedará siempre a cargo del autor de la infracción (870).

La amplitud que propugnamos, en cuanto a las modalidades del seguro a las que será de aplicación el régimen de la cobertura de aquellos siniestros causados por las personas por las que el asegurado debe responder, encuentra su contrapeso en el principio de libertad contractual que rige en el Derecho del seguro. En virtud de este principio, las partes pueden establecer todos los pactos lícitos que tengan por conveniente, de modo que, al amparo de esta norma el asegurador podrá limitar los riesgos que asume y excluir del ámbito de la garantía del seguro los siniestros provocados por las personas por las que el asegurado debe responder, y esta exclusión será válida con tal de que no

---

(869) Vid. el art. 21 del Reglamento del Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor en el que se establece la cobertura de los hechos dolosos o delictivos con tal de que aparezcan tipificados en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962. (Vease - la bibliografía citada en la nota 555).

(870) Vid. PICARD-BESSON, Traité... cit., I, p. 51; SALANDRA Ob. cit., p. 361, HEMARD, Ob. cit., II, p. 202; STEFANI

se formule de una manera tal que convierta en ilusoria la cobertura del seguro.

La admisión de este pacto de cobertura o de exclusión del riesgo no condiciona en modo alguno la responsabilidad del asegurado. Esta subsiste en todo caso, pero puede ser asumida o no por el asegurador. Diferente de este supuesto, es el de la responsabilidad contractual por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, que puede excluirse mediante una cláusula de exoneración de la responsabilidad, aunque, como hemos visto, se trate de una cuestión discutida (871).

Las limitaciones que pueden establecerse a este respecto en el contrato de seguro pueden ser generales y abarcar una determinada causa, como sucede por ejemplo, en el seguro del automovil con los siniestros que causa una persona por la que el asegurado debe responder cuando no está provista del correspondiente permiso de conducción. --

---

Ob. cit., p. 217 a 220. VITERBO, Ob. cit., p. 88; FERRARA, Negoziio illecito, Milano 1902, p. 236.

- (871) Vid. VISINTINI, Ob. cit., p. 65; MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., I, 2, p. 714; En nuestra doctrina se pronuncia también en sentido afirmativo, aunque con ciertas dudas TORRALBA SORIANO, Ob. cit., p. 1166; en contra GARCIA AMIGO, Ob. cit., p. 155.

El asegurador, pues, excluye el riesgo o lo subordina a -- una serie de condiciones que han de reputarse válidas tanto si se refieren al propio asegurado como a las personas por las que responde. Pero las limitaciones pueden alcanzar también a las personas que comprometen la responsabilidad civil del asegurado. De este modo, el asegurador puede excluir de la garantía del seguro el hecho de los familiares, criados o dependientes. Esta solución ha sido adoptada por la mayoría de las pólizas de seguros de daños y de responsabilidad civil (872).

El análisis de la práctica del seguro nos lleva a la

---

(872) En la póliza de seguro contra el robo o la expoliación se contiene la exclusión de los daños por dolo o culpa grave del asegurado, de sus apoderados o mandatarios, ni los daños causados por los familiares del asegurado o por las personas que de él dependan o con él convivan. En la póliza combinada de seguro de incendio y robo se excluyen también los daños causados por los auxiliares y dependientes del asegurado. En la póliza de seguro terrestre de mercancías se excluyen también determinados siniestros debidos a una conducta del conductor del vehículo. Finalmente, en la póliza de seguro de responsabilidad civil aparece excluido el riesgo de accidentes causados -- por las personas empleadas en los trabajos o industrias objeto del seguro, a menos que aquellos hayan sido causados para evitar riesgos más graves.



conclusión de que raras veces se llega a la exclusión general de los riesgos derivados del hecho de terceras personas, pero es frecuente, en cambio, el establecimiento de limitaciones generales, como es el caso de la embriaguez del conductor, o bien la exclusión de los hechos de determinadas personas, como pueden ser los familiares del asegurado en la modalidad de seguro de robo.

Una segunda cuestión que se plantea al hablar de la amplitud de la cobertura del riesgo de provocación del siniestro por las terceras personas por las que el asegurado debe responder, es la extensión de la garantía del seguro al dolo de estas personas. El fundamento para la admisión de esta ampliación del seguro se encuentra en que, pese a que dichas personas actúan intencionalmente, la conducta del asegurado, que es la que se aseguraría en este caso, no es sino integrante de una falta de diligencia en la vigilancia que debería ejercer, es decir, de una negligencia, todo lo grave que se quiera, pero que no trasciende la esfera de la responsabilidad por culpa. En consecuencia, si admitimos el seguro de la culpa, habrá que aceptar también la cobertura de aquella negligencia que procede a su vez de un descuido en la elección o en la vigilancia de una tercera persona, aunque tal falta suponga la realización intencional del siniestro por esta tercera persona. La gravedad de la culpa de estas personas es indiferente desde el punto de vista del seguro, pues, el asegurador, en principio, lo que cubre es la culpa del propio asegurado que al no cuidarse bien de la elección de sus auxiliares, o al

no vigilar debidamente a las personas que de él dependen, habrá de responder por los daños incluso dolosos que estos causen.

En la doctrina, si bien no se discute ya la posibilidad de que se pueda asegurar el riesgo derivado de la actuación negligente o culposa de las personas por las que el asegurado debe responder, no sucede lo mismo con la actuación dolosa de estas personas (873). En efecto, la redacción del párrafo primero del art. 396 de nuestro Código de comercio, nos lleva a pensar que la garantía que el contrato de seguro brinda solo alcanza a los siniestros causados por la negligencia de las personas por las que el asegurado debe responder. Se excluye por consiguiente del ámbito del seguro la responsabilidad por dolo de los dependientes y auxiliares del asegurado. De acuerdo con esta interpretación literal algunos autores no sólo han mantenido la postura de la exclusión del riesgo de dolo del tercero por el que se debe responder, sino que, en su afán por prevenir la realización de siniestros voluntarios,

---

(873) Frente a las posiciones de GONZALEZ HUEBRA (Ob. cit., I, p. 273) y MARTI DE EIXALA (Ob. cit., p. 398), máximos representantes de la doctrina anterior al Código vigente, que no admiten el seguro de los hechos negligentes de las personas por las que el asegurado debe responder, en la actualidad se admite sin discusión la cobertura de la negligencia de los dependientes. Vid. en general GARRIGUES, El contrato... cit., p. 284.

llegan a considerar que la negligencia a la que el art. -- 396 se refiere es a la simple imprudencia o culpa leve, y por consiguiente la imprudencia temeraria o la culpa grave de las personas por las que el asegurado debe responder deberá también quedar al margen de la cobertura del seguro - (874).

Esta opinión que pudo justificarse en algún tiempo - por la prevención que la doctrina mostró siempre ante el - hecho doloso, no encuentra hoy ninguna justificación, porque no cabe identificar la provocación del siniestro por - hecho propio y el siniestro causado por hecho ajeno, pues, como ya hemos indicado, en el caso de un tercero por el -- cual el asegurado debe responder, no se puede hablar de -- una intencionalidad por parte del asegurado aun cuando el siniestro se deba a un dolo del tercero. Esta opinión es - defendida en la actualidad por la mayoría de la doctrina, que ve en la responsabilidad por los actos ajenos una culpa del asegurado que puede ser considerada como un riesgo

---

(874) BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., II, p. 24

asegurable (875). La posición contraria a este seguro encierra además un contrasentido, pues, por una parte admite la cobertura de la culpa del asegurado, y por otra niega la validez del seguro de una especie de la misma cual es la culpa "in vigilando" que es la que se da en el caso de dolo de una persona por la que el asegurado debe responder

- 
- (875) Vid. en Francia: PICARD-BESSON, Traité... cit., II, p. 75 y 76; CAPITANT, Ob. cit., p. 18; ANCEY-SICOT, Ob. cit., p. 56. En Belgica; CARTON de TOURNAIS-VAN DER MEERSCH, Precis... cit., I. p. 32. En el Derecho italiano se ha planteado una cuestión diferente al tratar de interpretar conjuntamente los art. 1900 que se refiere al seguro en general y 1917 que se refiere al seguro de responsabilidad. En el primero de ellos se garantizan el dolo y la culpa de los auxiliares y dependientes del asegurado y se excluye en cambio el dolo y la culpa grave de este. En el art. 1917 se garantiza la culpa grave del asegurado pero se excluye el hecho doloso lo que lleva a la doctrina a pensar si se referirá esta exclusión solamente al asegurado o también a las personas que dependen de éste. En favor de la admisión de la cobertura del dolo de los dependientes vid. DONATI, Trattato... cit., III, p. 346; GASPERONI, Ob. cit., p. 124; SALANDRA, Ob. cit., p. 280; SOTGIA, Assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle assicurazioni; Ass., - 1950, I, p. 145; CASTELLANO, Le assicurazioni private Torino, 1970, p. 304; MARINELLI, Noterelle sul dolo dell'assicurato e dei dipendenti nell'assicurazione obbligatoria. R.C. auto e natanti, Ass. 1971, I, p. 146. En contra vid. BOCCA, Ancora del dolo dei dipendenti nell'assicurazione R.C., Dir. Prat. Assic., 1959, p. 263; COLASSO, I fatti dolosi dei dipendenti dell'assicurato nell'assicurazione della R.C., Ass. 1956, II, 2, p. 42; DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, Milano, 1964, p. 85; PASANISI, Noterelle sul problema del dolo dei dipendenti nella assicurazione R.C.T., en Riv. Giur. Circ. Trasp., 1960, p. 270.



civilmente. Por consiguiente si se cubre la culpa del asegurado habrá que admitir para no incurrir en una incongruencia, que el seguro abarcará cualquier clase de culpa, a no ser que exista alguna razón que aconseje un tratamiento distinto para alguna especie de ella, cosa que no se da en el caso que nos ocupa, pues no existe ningún argumento que justifique un trato más desfavorable a la culpa que encierra la provocación de un siniestro por un tercero por el que se debe responder, que a la propia negligencia del asegurado - que se traduce en la causación directa de un siniestro. En la doctrina española esta cuestión no ha sido planteada en toda su extensión, pues son pocos los autores que se ocupan del tema de un modo directo (876); sin embargo, al tratar de la amplitud que debe reconocerse al término *baratería* - en el seguro marítimo, se ha abordado parcialmente la cuestión, reconociendo la generalidad de los autores que la *baratería* comprende tanto los actos dolosos como los culposos del capitán y de los miembros de la tripulación, y también que es posible la cobertura de los riesgos dolosos mediante

---

(876) GARRIGUES, El contrato... cit., p. 215; BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Ob. cit., II, p. 24 y ss.; OLIVENCIA, El comportamiento... cit., p. 240. Vid. también, aunque con vacilaciones pues en la práctica no es aceptada - esta interpretación por las pólizas, AURELIO MENENDEZ La noción... cit., p. 255.

el pacto expreso (877). Por otra parte, la admisión por el propio Código de comercio de la cobertura de este riesgo - (art. 756 nº 5), aunque sea por acuerdo de las partes, demuestra que no puede hablarse de una inmoralidad o de una lesión al orden público cuando se trata de garantizar al - asegurado contra el siniestro causado por la actuación dolosa de un tercero familiar o dependiente.

Si el Código permite el seguro del dolo de los dependientes en un caso concreto, no hay ninguna razón para no extender esta norma, máxime cuando se admite la cobertura de la negligencia. De lo expuesto se deduce, que el seguro podrá siempre garantizar al asegurado los siniestros que - se ocasionen por el dolo y la culpa de las personas por -- las que debe responder. Solamente quedará excluida la conducta dolosa de estas personas cuando suponga un acuerdo - fraudulento entre el asegurado y el tercero para la realización del siniestro, pues en este caso no cabe hablar de una culpa del asegurado, sino de dolo propiamente dicho y por tanto como tal será inasegurable, pues se da en este - caso una conducta intencional del asegurado aún cuando él no intervenga directamente en la realización del siniestro,

---

(877) TAPIA, Febrero novísimo, III, Valencia 1828, p. 151; MARTI DE EIXALA, Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid 1873, p. 410; URIA, El seguro marítimo, Barcelona, 1940, p. 124; GARRIGUES, Curso... cit., II, p. 717; AURELIO MENENDEZ, Ob. cit., p. 251 y ss.

sino que se ocasione a través de una tercera persona (878).

En favor de esta interpretación que admite la cobertura tanto del riesgo de dolo como el de culpa de los auxiliares y dependientes, podemos aducir otros argumentos. En primer lugar, de la propia Exposición de Motivos, se deduce un argumento que apoye esta tesis pues en ella claramente se dice que lo que se trata de impedir en el artículo citado, es que alguna persona convierta sus actos ilícitos en algo que redunde en provecho propio. Se excluyen por tanto de la cobertura los siniestros causados por el mismo asegurado intencionalmente, y nada se opone pues a que se garanticen los debidos a negligencia propia o de terceros, e incluso los derivados de la conducta maliciosa de estos, pues si -- bien el art. 396 solo nos habla de la negligencia, podemos pensar que en él únicamente se contemplan los supuestos mínimos que en todo caso deberán ser cubiertos por el seguro, y así en defecto de pacto, el asegurador vendrá obligado a pagar la indemnización al asegurado por todos aquellos siniestros que tengan su origen en el hecho de un tercero con independencia de que actuara con dolo o con culpa, siempre que éste tenga la consideración de un extraño para el contrato de seguro; de igual modo, responderá también el asegurador por la culpa del asegurado, aunque puede excluir el -

---

(878) Vid. en este sentido la S. de 5 de julio de 1.911.

riesgo de culpa grave, y por la negligencia de las personas por las que debe responder, con exclusión del dolo de estas personas salvo acuerdo de las partes.

El argumento de la inmoralidad de la cobertura de los siniestros debidos al dolo de una persona por la que el asegurado debe responder en el que se apoyaba la antigua doctrina (879) queda desvirtuado, pues, como se verá más adelante, el asegurado solo responde por su propia culpa, con la excepción de que hubiera existido un acuerdo entre el asegurado y la persona que provocó el siniestro, para lograr por este medio la percepción de la indemnización (880).

La redacción del precepto del Código es también -- criticada por la doctrina en base a los tres puntos siguientes: En primer lugar, como ya hemos indicado, el -- art. 396 excluye de la cobertura del seguro, el delito -- del asegurado, planteando con ello la cuestión de la interpretación de éste término en el sentido de su equiparación con el dolo civil, o bien en su sentido específico técnico jurídico. Un segundo punto discutible es la --

---

(879) GONZALEZ HUEBRA, Ob. y loc. últ. cit.

(880) PICARD y BESSON, Traité... cit., II, p. 76



exclusión solamente de la malquerencia o dolo de extraños; no se hace pues alusión en el artículo que comentamos de la culpa de un extraño que hay que suponer que con mayor razón quedará incluida entre los riesgos que garantiza el asegurador (881). Por último la incorrección terminológica del artículo se pone de manifiesto también en la cuestión que estamos estudiando, es decir, en el caso de dolo o culpa de un tercero dependiente del asegurado. El precepto legal cubre tanto el dolo como la culpa o negligencia de estas personas, pues si bien en el párrafo 1º del art. 396 solo se garantiza la negligencia, en el párrafo 2º sólo resulta excluido el dolo del asegurado, como confirma también la Exposición de Motivos, y se incluye la malquerencia de terceros, luego podremos concluir que la interpretación habrá de resolverse en favor del asegurado, quedando por consiguiente el asegurador obligado al pago de la indemnización siempre que el siniestro se produzca por dolo o culpa de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente.

La fuerza del artículo 396 reside más en el párrafo 2º que en el 1º, según la opinión de OLIVENCIA (882), y --

---

(881) OLIVENCIA, El comportamiento del asegurado como causa del daño, cit., p. 240.

(882) OLIVENCIA, Ob. cit., p. 241

habrá que prestar, por tanto, una mayor atención a los su puestos de exclusión, que a la determinación de los riesgos garantizados. Así, según esta interpretación, todos los riesgos que puedan técnicamente ser objeto del seguro, darán lugar al resarcimiento por el asegurador, a no ser que se encuentren expresamente excluidos del ámbito del contrato. Dejando pues a un lado la voluntad del propio asegurado, todos los demás riesgos que procedan de dolo o culpa de otra persona podrán ser asegurados y no excluí rán la obligación del asegurador de tener que pagar la in demnización por los daños ocasionados (883).

En la doctrina extranjera encontramos otro argumento que viene también a reforzar la interpretación de que no solo la negligencia sino también el dolo de los dependientes del asegurado puede ser cubierto por el contrato de seguro. Se trata de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, que aunque como hemos indicado, nada tienen que ver con el contrato de seguro, en cambio, pueden servirnos de orientación en la solución que tratamos de fundamentar. La cuestión podría formularse de la siguiente manera: si se admite la liberación de la responsabilidad por el hecho doloso de los auxiliares y dependientes de un sujeto, con mayor razón habrá que admitir que este

---

(883) URÍA, Ob. cit., p. 577 y 583, GARRIGUES, Curso... - cit., II, p. 306.

sujeto pueda cubrir su responsabilidad mediante un seguro (884). Este argumento que es válido en aquellos países en que se admite la cláusula de exoneración por dolo de los auxiliares y dependientes (885), no cabe, sin embargo, -- en el Derecho español, pues aunque aisladamente se ha admitido las cláusulas de exoneración de responsabilidad -- por dolo (886) en determinadas circunstancias, el Código de comercio no las admite ni en el caso de la responsabilidad del naviero por los actos del capitán (art. 618, 5º y 620) ni en el caso del principal por la conducta del factor (art. 285), ni el Código civil admite la renuncia previa de la acción por dolo (art. 1102) (887).

En sentido contrario se ha hablado de que la exclusión del riesgo de dolo de aquellas personas por las que

---

(884) ASQUINI, Il dolo dei dipendenti dell'assicurato nell'assicurazione responsabilità civile, en Atti III -- Convegno per la Trattazione di temi assicurativi, - Perugia, 1959, Milano, 1960, p. 29.

(885) Asi por ejemplo en Alemania (art. 278 pº. 2º del B.G. B.); o en Suiza aunque con la excepción del contrato de trabajo (art. 101 del O.R.); o el Código civil italiano (art. 1228).

(886) VICENTE y GELLA, Convenciones de no responsabilidad, en R.C.D.I., 1928, p. 723.

(887) GARCIA AMIGO, Ob. cit., p. 155 y 156.

el asegurado debe responder, refuerza la tutela que el asegurado está obligado a ejercer sobre sus dependientes familiares y auxiliares en general, y se otorga una mayor protección a la víctima del daño, pues el asegurado, si sabe que su contrato de seguro no cubre los riesgos mencionados, obrará con una mayor diligencia (888). Sin embargo, este argumento no puede considerarse válido, en primer lugar, se refiere fundamentalmente al seguro de responsabilidad civil por los daños causados a otras personas, y no tanto al daño producido en objetos propiedad del asegurado, pues solo en aquél caso tiene sentido la protección de la víctima del daño. En segundo lugar, es discutible también que la exclusión del hecho intencional del dependiente, del ámbito de la garantía asegurativa, refuerce la diligencia, pues el seguro cubre siempre la negligencia del asegurado, incluso la grave, y es difícil pensar que la provocación intencional de un siniestro por una persona por la que el asegurado debe responder civilmente, pueda redundar en la calificación de la negligencia de aquél.

En conclusión, nos inclinamos a pensar que en el Derecho español, el seguro puede cubrir los riesgos derivados del dolo y de la negligencia o culpa de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente.

---

(888) Vid. COLASSO, Ancora sui fatti dolose dei dipendenti dell'assicurato nell'assicurazione. R.C., Ass.1958, II, p. 20. Vease también este argumento y su crítica en ASQUINI, Ob. cit.,



En el terreno de la determinación de los riesgos cubiertos por el seguro se plantea una última cuestión que ha sido también muy discutida, y que consiste en el establecimiento del régimen aplicable al supuesto de provocación del siniestro por los auxiliares o dependientes a falta de pacto expreso contenido en la póliza. La respuesta afirmativa a este problema, es decir, la posición de mantener que se trata de un riesgo asegurable en todo caso mientras no se disponga lo contrario, supone una equiparación entre el hecho del propio asegurado y el de los terceros que viven con él o están ligados a él, de modo que el seguro cubriría los riesgos debidos a actos de los hijos menores, aprendices, discípulos, dependientes y auxiliares. La ventaja práctica de esta solución consistiría en que la garantía que presta el seguro de cara a una víctima que sea extraña a la relación de seguro será sin duda mayor, y además se protegería también al asegurado frente a las empresas aseguradoras. Por otra parte esta asimilación sería muy útil pues vendría, en cierto modo, a suplir el desconocimiento que normalmente se da en el asegurado de la separación entre responsabilidad personal y responsabilidad por el hecho de tercero; el asegurado quiere cubrirse mediante el seguro contra todos los posibles eventos que puedan producirse y se vería privado de la cobertura de los siniestros debidos a sus dependientes, auxiliares o personas que con él conviven si se adoptara una solución contraria a la que se propugna.

Sin embargo, esta solución ha sido criticada en la doctrina, pues, aunque se reconocen los beneficios de la misma, especialmente en el campo de los seguros de responsabilidad, en donde su adopción supondría la concesión de una acción directa en favor de la víctima, no cabe hablar de una incertidumbre respecto del asegurado, porque, al contratar un seguro personal, la determinación del riesgo es clara y precisa y no es posible ningún error por parte del asegurado (889). Por otra parte, cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno, una cosa es cierta, que se distingue claramente de la responsabilidad por el hecho personal. También hay que poner en duda el interés social de la extensión de este seguro, pues de ser cierto se impondría con carácter obligatorio. Finalmente, iría en perjuicio del asegurado pues de un lado supondría un considerable aumento de las primas (890), y de otro, la posibilidad de que al ser considerada la determinación de las personas por las que el asegurado debe responder como elemento decisivo en la apreciación del riesgo

---

(889) BESSON, Reflexions sur l'art. 13 de la Loi du 13 juillet 1930, R.G.A.T. 1943, p. 12 y ss.

(890) Asi por ejemplo, en el seguro del automovil es frecuente el encontrar la cláusula llamada de conducción exclusiva del vehiculo por parte del asegurado, que permite una rebaja en la prima del seguro.

que el asegurador ha de asumir, serían de aplicación a este caso los preceptos sobre declaraciones inexactas o reticencia, de modo que el asegurado si incurre en una falta de este tipo no tendrá tampoco derecho a la garantía (891).

Por consiguiente, dejando a un lado los seguros de incendios en los que se impone legalmente la cobertura de este riesgo, en las demás modalidades del seguro solamente se comprenderán en la garantía del seguro los siniestros voluntariamente causados por aquellas personas por las que el asegurado debe responder cuando expresamente se acuerde en el contrato.

#### 6.- Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos que produce la provocación de un siniestro por el hecho de un tercero por el que el asegurado debe responder civilmente dependerán ante todo de las estipulaciones contractuales que se contengan en la póliza. Si en el contrato se pactó la asunción del riesgo el asegurador quedará obligado a mantener indemne al asegurado

---

(891) BESSON, Ob. cit., p. 13. En el mismo sentido PICARD, Note à l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation de 23 juin 1942, R.G.A.T., 1942, p. 362.

do siempre que el siniestro se haya producido dentro de los límites convenidos (892).

En materia de prueba, si se estableció en el contrato de seguro la cobertura de los riesgos derivados de la actuación de los auxiliares o dependientes, al asegurado le bastará con probar el hecho de la realización del siniestro para que surja la correspondiente obligación del asegurador al pago de la indemnización. Por el contrario, si se les considera a estos riesgos como excluidos del contrato o como no garantizados por el seguro, se impone al asegurador una doble carga probatoria, de un lado, deberá probar que el siniestro fue realizado por una de las personas determinadas en el contrato como excluidas de la garantía con dolo o culpa grave, y de otro, que el asegurado incurrió en una culpa en la vigilancia o en la elección de estas personas (893).

Una última cuestión se plantea en relación con los efectos jurídicos de la actuación culposa de los auxiliares y dependientes del asegurado en la provocación del si

---

(892) PICARD-BESSON, Les assurances... cit., p. 275 y 279; GARRIGUES, El contrato... cit., p. 215.

(893) SOLARI, Ob. cit., p. 108



niestro, que consiste en determinar la existencia de un derecho de subrogación del asegurador en la posición del asegurado frente a las personas que han causado el daño, una vez que ha satisfecho al asegurado la indemnización correspondiente.

La subrogación del asegurador en los derechos del -- asegurado para dirigirse contra el causante del daño está admitida con carácter general en el Derecho del seguro, al menos por lo que se refiere a los seguros de daños (894). Conforme con esta tendencia nuestro Código de comercio ha regulado también el derecho de subrogación del asegurador al menos en las modalidades de seguros de daños recogidas en el Código. Así en el artículo 413 relativo al seguro de incendios, en el artículo 437 relativo al seguro de transporte terrestre y en el artículo 780 que se refiere al seguro marítimo, se establece que una vez pagada la indemnización el asegurador se subrogará en los derechos y acciones del asegurado, contra los responsables o autores del -

---

(894) Si bien la doctrina se muestra unánime en cuanto a la aplicación de la subrogación a los seguros de daños, no sucede lo mismo en cambio en materia de seguros de personas, en los que generalmente se rechaza la subrogación (GARRIGUES, Ob. cit., p. 254; VELLBE, El asegurador frente al tercero responsable, Madrid 1945, p. 125). Conforme con esta orientación doctrinal la Orden ministerial de 31 de mayo de 1960 vino a prohibir la subrogación en los seguros de accidentes en los que se seguía discutiendo su viabilidad. Por otra parte la jurisprudencia ha reconocido que la subrogación prevista en el art. 413 del Código de comercio para los seguros de incendio es aplicable a todos los seguros de daños (Vid. la sentencia de 25 de febrero de -

siniestro (895). Estos preceptos se refieren, en principio, al supuesto en el cual el causante del daño es una tercera persona, la cual no puede ampararse en un contrato de seguro para quedar liberada de su obligación de responder por el daño causado, en base a que el perjudicado ya ha sido indemnizado y no ha sufrido tal perjuicio (896). Pero, se plantea una cuestión bien distinta cuando se trata de un supuesto en el que la persona que causa el daño es una de aquellas por las que el asegurado debe responder. No contemplamos pues la figura de un extraño contra el que podrá dirigirse el asegurador sino que nos encontramos con una persona que compromete la responsabilidad del asegurado -- por la cual éste ha de responder y que puede poner en peligro la garantía del seguro en el caso de que se afirme que el derecho de repetición alcanza también a estas personas, pues en definitiva en la mayoría de los casos y ante la insolvencia de ellas se llegaría de nuevo a la responsabilidad del propio asegurado.

---

1936). En contra de este criterio QUINTANO RIPOLLES, que afirma que solo cabe hablar de subrogación en -- los casos taxativamente determinados en las leyes, -- (Seguros y responsabilidades civiles delictuales... -- cit., p. 7 y ss.).

- (895) Sobre el distinto alcance y contenido de los preceptos del Código de comercio vid.: VELLBE, Ob. cit., -- p. 122 y ss.
- (896) GASPERONI, La c.d. surroga dell'assicuratore, VII -- Convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano 1968, p. 34 y ss.; MARGEAT-FAVRE-ROCHEX, Ob. cit. p. 259; VELLBE, Ob. cit., p. 33 y 121 y ss.

La cuestión así planteada se centra en saber contra - que personas de entre aquellas por las cuales se debe res-- pponder tiene acción el asegurado para recobrar la indemniza-- ción pagada, pues, al no abarcar la subrogación más que los derechos personales que puede hacer valer el asegurado, so-- lamente en los casos en que exista un derecho de repetición de éste cabrá la subrogación del asegurador.

En nuestro Derecho, en materia de responsabilidad por el hecho ajeno, el artículo 1904 del Código civil establece que: "el que paga el daño causado por sus dependientes pue-- de repetir de estos lo que hubiere satisfecho". Con respec-- to a este precepto legal la doctrina civil se ha planteado el problema de su interpretación con carácter restrictivo, es decir que solo se entenderá aplicable al supuesto contem-- plado en el párrafo 4º del artículo 1903 del Código civil, o por el contrario será de aplicación a todos los supuestos contenidos en el mismo. La doctrina de forma mayoritaria se ha inclinado por la interpretación restrictiva del precepto, pues no tiene sentido una ampliación del derecho de repeti-- ción a supuestos en los que la persona que podría ejercitar lo no va a hacerlo por razones morales o incluso porque en definitiva recaería la acción sobre su propio patrimonio - (897).

---

(897) En la doctrina civil las posiciones son controvertidas. Mientras unos autores afirman que no hay fundamento ra-- cional para no ampliar el derecho del art. 1904 a otros supuestos distintos de los dependientes (CASTAN, Ob. - cit., IV, Ed. 1969, p. 880), otros se muestran contra-- rios a la extensión (PUIG BRUTAU, Ob. cit., II, 2, p. 692; ALBALADEJO, Ob. cit., II, 2, p. 353). Finalmente

En la doctrina mercantil, los escasos autores que se ocupan del tema, critican el precepto del Código de comercio sobre la base de que no se ha tenido en cuenta por el legislador la exclusión de la subrogación cuando el daño - ha sido causado por los familiares o servidores del asegurado (898). Esta interpretación no tiene en cuenta, sin embargo, que el artículo 413 del Código de comercio, dice -- claramente que el derecho de subrogación del asegurador solo se extiende a aquellos supuestos en que se le concede -- una acción al asegurado, de modo que, en el caso que nos -- ocupa solo procederá este derecho cuando el siniestro haya sido causado por los dependientes del asegurado (art. 1904 del Código civil en relación con el art. 1903 párrafo 4º)

La subrogación del asegurador no procederá cuando se

---

otros autores critican la existencia de este derecho de repetición porque no es justo que todas las consecuencias se acumulen en un solo culpable cuando la -- persona que ha de responder incurrió también en culpa (PUIG PEÑA, Ob. cit., II, p. 579), o alegando que solo cabría en el caso de que se decrete la responsabilidad subsidiaria de un empresario, o en el supuesto de que tras haber pagado se demuestre que no hubo culpa (PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Ob. cit., II, 2, p. 1124.

(898) GARRIGUES, Ob. cit., p. 253.



dirija contra familiares del asegurado o contra personas - que con el conviven, pues, en primer lugar, como decíamos con respecto al Código civil, el asegurado no se dirigirá nunca en via de repetición contra estas personas, y en segundo lugar porque, si permitieramos la subrogación en estos casos nos encontraríamos con que el asegurado sería el que tendría que pagar al asegurado precisamente por ser él quien debe responder por estas personas, de modo que entraríamos en contradicción manifiesta con la finalidad del seguro (899). Por estas razones la mayoría de las legislaciones sobre el contrato de seguro han venido a poner un límite a la subrogación excluyendo de este derecho las acciones realizadas por los familiares y personas del círculo familiar del asegurado (900).

Un supuesto excepcional dentro del tema que comentamos lo constituye el derecho de repetición que se concede al asegurador en el supuesto del seguro obligatorio del --

---

(899) En este sentido MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., III, 2, p. 381; GASPERONI, Ob. cit., p. 70; SOTGIA, Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa, Ass. -- 1952, II, p. 172; GARRIGUES, Ob. cit., p. 256

(900) La Ley suiza en su art. 72 establece que "La subrogación no se aplica en el caso en que el daño se deba a una falta leve de una persona que conviva con el derechohabiente o de cuyos actos este derechohabiente sea responsable". El art. 1916 del Código civil italiano establece que "salvo el caso de dolo la subrogación no tiene lugar si el daño se causa por hijos adoptivos, por ascendientes, por parientes o por afines al asegurado que con el convivan establemente o sean sus servidores". La misma estipulación se encuentra en el art. 36 de la Ley francesa de seguros.

automovil. En efecto, en el artículo 6 del texto refundido de la Ley de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor de 1968 se establece que el asegurador puede repetir contra el tercero causante de los daños y perjuicios y en cualquier otro supuesto en que proceda la repetición con arreglo a las leyes. También procede la repetición contra el asegurado por una causa derivada del contrato de seguro, sin embargo esta exigencia es lógica si pensamos que se trata de un seguro en el que, como ya hemos dicho, se trata de proteger ante todo a las víctimas del daño, y para ello se establece que el asegurador deberá pagar en todo caso y luego repetir si su pago fue indebido por estar el contrato en suspenso o por tratarse de un riesgo excluido (901).

Con respecto a los demás supuestos que se regulan en esta Ley se plantea el mismo problema que con respecto a los textos del Código de comercio, pues, si bien no cabe duda que procede el derecho de repetición contra los terceros y contra los dependientes según establece el artículo 1904 del Código civil, subsisten las dudas sobre la aplicación de este derecho a los casos en los que el siniestro -

---

(901) Esta regla encuentra su fundamento en la imposibilidad de oponer excepciones ante el tercero víctima del daño. Vid. en general GARRIGUES, Ob. cit., p. 501.

ha sido causado por los familiares del asegurado o por otras personas que con el conviven.

La mayoría de la doctrina ha sostenido en este punto que no cabe la subrogación del asegurador frente al conductor, propietario, tomador del seguro o familiares del asegurado descritos en el artículo 22 del Reglamento, pues dichas personas no pueden ser consideradas terceros, y por lo tanto solo se podrá proceder contra ellos cuando expresamente se establezca (902). Contra esta opinión se ha expresado DUQUE de un modo aislado en nuestra doctrina, apoyándose en el texto del artículo 30 del Reglamento del Seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, que admite el derecho de repetición del asegurador frente al conductor del vehículo con independencia de que se trate de una de aquellas personas por las que el asegurado debe responder (903). Sin embargo esta posición es rechazable en base a que si bien en el artículo 30 del Reglamento se establece efecti

---

(902) BARREIRO, Ob. cit., p. 75; GARRIGUES, Ob. cit., p. 501; SANTOS BRIZ, Ob. cit., p. 312.

(903) DUQUE, Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición del asegurador en el seguro obligatorio de responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor, Coloquios de la SEAIDA, Madrid 1963, p. 9.

vamente un derecho de repetición contra el conductor, este no se establece de modo general, sino limitado a unos hechos tasados que encierran una gran peligrosidad: conducir sin permiso, o en estado de embriaguez, o bajo la influencia de drogas, etc. . Lo cual puede llevarnos a pensar que tal posibilidad quedaba al margen de la Ley, pues de no ser así, no hubiera sido preciso recurrir a regularla en el Reglamento. Además el precepto legal se refiere a una serie de hechos todos ellos delictivos que deben permanecer excluidos de la cobertura del seguro, aunque por las razones anteriormente expuestas que determinan que dicho seguro -- obligatorio sea un seguro en favor de las víctimas se obligue al asegurador a pagar la indemnización (904).

Por otra parte la no conceptualización de los familiares del asegurado como terceros a la hora de beneficiarse de la indemnización del seguro (art. 22 del Reglamento) motivará que en justa compensación no se les pueda tampoco calificar de terceros a los efectos del ejercicio del derecho de repetición por los siniestros originados por ellos. El hecho de no ser considerados terceros hará que solo pueda procederse contra ellos cuando exista una acción con arreglo a las leyes (apartado c del art. 6), y esta acción solo se dará, además del supuesto ya contemplado de que se

---

(904) GARRIGUES, Ob. cit., p. 503



trate de un conductor que incurrió en uno de los delitos señalados en el art. 30 del Reglamento, en el caso de que se trate de dependientes del asegurado conforme al artículo 1904 del Código civil.

Finalmente con respecto a la subrogación en general, hemos de añadir que ha de considerarse válido el pacto -- que establece la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado siempre que dicha subrogación no se encuentre expresamente prohibida por las leyes. (905). Igualmente ha de considerarse lícito el pacto por el que el -- asegurador renuncia a la subrogación (906). En cambio deberá reputarse nula toda cláusula que establezca la cesión general de los derechos del asegurado en todos los casos, pues una estipulación semejante burlaría el espíritu del seguro (907).

---

(905) Tal sucede por ejemplo en el seguro de accidentes en el que se prohibió la subrogación por Orden ministerial de 31 de mayo de 1960 (Vid. SANTOS BRIZ, Ob. cit., p. 319; DUQUE, Seguro individual de accidentes y repetición del asegurador, Rev. Der. Circ. 1968, - p. 31).

(906) GASPERONI, Ob. cit., p. 64 y ss.; MARGEAT-FAVRE-ROCHEX Ob. cit., p. 267; GARRIGUES, Ob. cit., p. 254.

(907) MAZEAUD-TUNC, Ob. cit., III, 2, p. 384.

## CONCLUSIONES

1.- Por siniestro voluntario ha de entenderse aquél que ha sido directamente provocado mediante la intervención del asegurado. La provocación del siniestro no hace, pues, referencia al hecho de que el evento dañoso haya sido debido a un comportamiento humano en lugar de a un caso fortuito o un accidente natural, sino que se refiere al hecho de que el siniestro haya sido causado por el propio asegurado o por alguna persona estrechamente vinculada al contrato de seguro, como puede ser, por ejemplo, el contratante o el beneficiario.

La existencia de un siniestro voluntario se determina además, mediante la concurrencia de una serie de requisitos que, fundamentalmente pueden reducirse a los tres siguientes: una acción u omisión del asegurado o de la persona interesada en el contrato, la presencia de una culpa en la actuación de esa persona, y la existencia de un vínculo causal que ligue la acción culpable con la realización del siniestro.

2.- La cobertura por el seguro de los siniestros provocados por el asegurado es consecuencia de la evolución sufrida por la institución del seguro para adaptarse a las exigencias de la realidad social. El seguro que nace como garantía frente a los riesgos derivados de los accidentes naturales, a medida que cambia la situación social a impulsos de la técnica, de un lado, y por los nuevos planteamientos jurídicos de la responsabilidad civil, de otro, se irá transformando, y admitirá primero la cobertura de

la culpa indirecta del asegurado, es decir, aquella que se da cuando éste incurre en negligencia en la elección o en la vigilancia de otras personas por las que debe responder y más tarde, con la aparición de los seguros terrestres, incluso la culpa directa aunque sea en su grado más leve. Finalmente, el nacimiento de los seguros de responsabilidad llevará a la conclusión de que esta institución no tiene como único objeto o como finalidad exclusiva el garantizar al asegurado frente al riesgo que se deriva del caso fortuito, sino también el cubrir la actuación negligente del propio asegurado, y en algunos casos excepcionales, en los que juega un interés social superior, incluso se admite que pueda asegurarse el propio dolo.

3.- La tendencia imperante en la actualidad en el Derecho comparado se centra en la consideración de la provocación del siniestro por el asegurado como una determinación causal del riesgo asegurado que viene impuesta unas veces por la ley y otras por el contrato. La generalidad de las regulaciones europeas sobre el contrato de seguro excluirán del ámbito de la cobertura el dolo y la culpa grave del asegurado en la realización del siniestro, motivando por consiguiente la presencia de alguna de estas causas, la liberación del asegurador, salvo en algunos casos considerados como excepcionales, como el seguro de responsabilidad, en el que se admite la cobertura de la culpa grave del asegurado, y el seguro de vida, en el que se permite la garantía del riesgo de suicidio, una vez transcurrido un determinado período de carencia.



La posibilidad de asegurarse frente a aquellos riesgos de provocación del siniestro por las personas por las que el asegurado debe responder civilmente se admite sin discusión en los principales ordenamientos europeos.

4.- En el Derecho español, a semejanza de lo que se establece en otros ordenamientos, se excluye del ámbito del seguro el riesgo de provocación dolosa del siniestro. En nuestro Código de comercio a tenor de lo establecido en el párrafo 2º del artículo 396, el asegurador no responde de aquellos incendios que han sido causados por el delito del asegurado. La expresión "delito" que se utiliza en el Código, no debe ser entendida en un riguroso sentido técnico sino como equivalente al dolo, como se desprende de la Exposición de Motivos del Código, y como ha venido siendo afirmado reiteradamente por la mayoría de la doctrina. El riesgo de dolo producirá como consecuencia el efecto de liberar al asegurador de su obligación al pago de la prestación. Sin embargo, el precepto citado no es una norma de carácter general sino que solamente contempla el supuesto de que el asegurado cause voluntariamente un incendio. No obstante la doctrina y la jurisprudencia, a falta de otras normas, han considerado que la regulación que se contiene en el Código de comercio sobre el seguro de incendios, debe entenderse como el paradigma de la regulación de los seguros de daños, y por consiguiente hará extensible dicha normativa a estas modalidades de seguros.

Por lo que respecta al seguro de vida, el artículo 423 - del Código de comercio establece la exclusión de los riesgos de duelo, suicidio y pena capital por delitos comunes. Se trata de supuestos de conductas intencionales, aunque tanto el duelo como la muerte por condena penal deben ser considerados como integrantes de una actividad ilícita - del asegurado, pues en ellos no se busca directamente la muerte por el asegurado, sino que ésta se produce precisamente a consecuencia de una actividad contraria a la ley.

5.-El fundamento de la inasegurabilidad del riesgo de do- lo se encuentra en el principio general de respeto a la ley, a la moral y al orden público, que viene establecido por el artículo 1255 del Código civil. La cobertura de un sin- iestro voluntariamente provocado por el asegurado aten- taría, en primer lugar, contra lo establecido en los artícu- los 396 y 423 del Código de comercio, así como también con- tra el principio "ne dolus praestetur" consagrado en el artículo 1102 del Código civil. En segundo lugar tal conve- nio sería contrario a la moral, pues supondría de un lado, que una persona culpable de un hecho pudiera transferir su responsabilidad a otra persona, y de otro, que el causan- te de un daño pudiera lucrarse con su realización. Final- mente sería contrario al orden público pues favorecería la realización de siniestros dolosos.

6.- La regla de la inasegurabilidad de los siniestros dolosamente provocados por el asegurado, no resulta desvirtuada por el hecho de que, en la práctica, las pólizas de seguros de vida vengan a cubrir el riesgo de suicidio, ni tampoco porque en algunas modalidades de seguros aparezca garantizado incluso el riesgo de dolo.

La posibilidad de asegurar el suicidio consciente y voluntario del asegurado es práctica constante conocida en casi todos los países que ha tratado de ser justificada con muy diversos argumentos. Las razones que pueden justificar la asegurabilidad de este riesgo hay que buscarlas de un lado, en un criterio práctico que perseguiría el evitar las dificultades de prueba, pues solo el suicidio voluntario y consciente ha de quedar excluido de la garantía, y de otro, en criterios de humanidad o equidad general, que tratan de no causar graves perjuicios a los herederos de la persona que se suicida. Se establece de acuerdo con estas ideas una separación entre las figuras del asegurado y del beneficiario y se afirma que procede la indemnización pues el asegurado no busca directamente un beneficio para si con la realización del suicidio, que de otro modo sería inmoral y contrario al orden público. La inasegurabilidad legal del riesgo de suicidio que se establece en el artículo 423 del Código de comercio puede salvarse mediante la afirmación de que la regulación contenida en el Código de comercio es meramente dispositiva y solo opera en defecto de pacto expreso conforme al artículo 385.

Tampoco supone una quiebra del principio de la inasegurabilidad del dolo la cobertura de los siniestros intencionales en el seguro de responsabilidad civil deri-

vada del uso y circulación de vehículos de motor, pues en este caso existe un interés social de protección a la víctima que prevalece por encima de cualquier otro.

7.- La provocación intencional del siniestro no solo comprende aquellos supuestos en los que el evento es causado directamente por el asegurado sino también aquellos otros que se originan como consecuencia del desarrollo de una actividad ilícita por parte de éste.

8.- La provocación del siniestro ha de ser considerada como un hecho impeditivo que da lugar a que no surjan los efectos del asegurado, de modo que corresponderá al asegurador la carga de la prueba de la existencia de una causa que motiva su liberación.

9.- La culpa del asegurado en la provocación del siniestro puede ser considerada como un riesgo asegurable a tenor de la libertad contractual que se contiene en el artículo 385 del Código de comercio siempre que el pacto que la cubra pueda ser considerado lícito.

Este seguro no se opone a la ley, pues aparece establecido en las principales modalidades de seguro que se contienen en nuestro Código : seguro de incendios (artículo



396 párrafo 1º), seguro de vida (artículo 423 nº 3), y seguro de transportes (artículo 435, aunque de modo implícito).— Tan solo en el artículo 438 que se ocupa de las modalidades de seguro no recogidas en el Código, se declara que en estos casos solo podrán garantizarse los riesgos procedentes del caso fortuito. Sin embargo este artículo ha de considerarse dispositivo como ha venido afirmando la doctrina y como se deduce también de la práctica y del examen de las pólizas de los nuevos ramos del seguro. Tampoco es contrario a la moral ni al orden público pues no existe una voluntad de realizar el siniestro, y aunque este se produce como consecuencia de una acción negligente del asegurado, no es éste el único factor que determina su realización sino que confluyen otras circunstancias que escapan a su control.

10.— La cobertura de los siniestros causados por el asegurado con culpa grave es posible en nuestro ordenamiento a tenor de lo establecido en el artículo 396 del Código de comercio, que no hace distinción sobre el grado de gravedad de la culpa que se asegura, y en el artículo 424 nº 3º en el que se permite mediante pacto expreso la asunción por el asegurador del hecho ocurrido por un acto notoriamente temerario.

Destruído el viejo aforismo que establecía la equiparación de la culpa lata con el dolo, solo permanece en vigor un criterio de política legislativa que puede justificar la asimilación para tratar de estimular la prevención de los asegurados. Sin embargo, se trata de una cuestión cuya determinación se deja al arbitrio de las partes, de modo —

que serán éstas quienes en definitiva decidiran sobre los riesgos que habrá de asumir el asegurador. En la práctica de nuestras pólizas de seguros aparece generalmente excluido el riesgo de provocación del siniestro por culpa grave del asegurado.

11.- En nuestro ordenamiento jurídico se considera que — pueden ser también objeto del seguro las consecuencias civiles derivadas de un delito penal culposo. Sin embargo ni el dolo penal propiamente dicho, ni las consecuencias civiles del mismo podrán ser garantizados por el seguro.

12.- Las modalidades de riesgos comprendidas en las categorías de riesgo anormal o de ilícito permanente, si bien pueden justificar su autonomía conceptual a los efectos de delimitación de unas conductas que encierran especial peligrosidad, o ante la dificultad de separar en muchos casos los supuestos de dolo y culpa grave, sin embargo han de ser consideradas como integrantes de conductas negligentes, y por consiguiente deben ser estudiadas dentro del concepto de culpa grave.

13.- La evolución del seguro de los siniestros causados por las personas por las que el asegurado responde civil

mente se ha desarrollado de un modo similar y paralelo al seguro de la culpa por los actos propios, aunque la doctrina siempre opuso menores obstáculos a la cobertura de este tipo de riesgos que a los derivados de la culpa del asegurado.

Con la entrada en vigor del Código de comercio no se discute la posibilidad de que se pueda asegurar el riesgo de la actuación negligente de aquellas personas por las que el asegurado debe responder civilmente, que aparece consagrado en los artículos 396 párrafo 1º y 756 nº 5 y 7.

La extensión de la garantía del contrato al dolo de las personas por las que el asegurado debe responder no plantea en la actualidad ningún problema, pues, una vez que se separan las diferentes personas que intervienen en la provocación del siniestro, aparece claro que lo que el seguro cubre en este caso no es la conducta dolosa del auxiliar o dependiente sino la conducta culpable del propio asegurado que actuó con negligencia en la vigilancia o en la elección de sus auxiliares.

14.- La determinación de las personas por las que el asegurado ha de responder se hará en atención a las normas de Derecho civil. La referencia a terceras personas por las que se debe responder se hará, por otra parte, como indica la Exposición de Motivos del Código de comercio, teniendo en cuenta tan solo a aquellas personas que están sometidas a la potestad o vigilancia del asegurado.

Se entenderán pues comprendidas en esta categoría to-

das aquellas personas que comprometen la responsabilidad al amparo del artículo 1903 del Código civil, y aquellos otros supuestos en los que se impone a una persona la obligación de responder civilmente como consecuencia de los delitos causados por otra conforme a los artículos 20 21 y 22 del Código penal. El hecho de que la responsabilidad provenga del delito de un tercero no supone ningún hecho diferenciador frente a la responsabilidad por un acto ilícito no penal, pues el fundamento de la obligación de reparar el daño no se encuentra en ninguna conducta delictiva, sino en una falta de vigilancia de la persona a su cargo.

15.- En el Derecho del seguro se plantea también la posibilidad de extender el círculo de personas por las que el asegurado debe responder civilmente a los auxiliares que intervienen en el cumplimiento de las obligaciones. A la vista de nuestro derecho positivo hay que concluir que, si bien se admite una responsabilidad contractual por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, ésta solo será exigible si media una falta de diligencia por parte del deudor.

La determinación de la figura de los auxiliares en el cumplimiento precisa la concurrencia de dos factores : en primer lugar un acto del deudor que ponga al auxiliar en condiciones de ejecutar la obligación, y en segundo lugar que, no medie ningún vínculo entre el auxiliar y el acreedor.



16.- En los seguros de daños, finalmente, el asegurador que ha pagado la indemnización derivada de un siniestro provocado por los auxiliares o dependientes del asegurado podrá subrogarse en los derechos del asegurado y repetir -- contra los causantes del daño. La subrogación solo procederá en aquellos casos en los que al asegurado se le conceda un derecho de repetición contra el causante del daño.

## BIBLIOGRAFIA

ADIER, Die Prämienvorleistung bei der Versicherung, Z.H.R. 34  
1887, pag. 179.

A.I.D.A., Zweiter Weltkongress für Versicherungsrecht, IV, —  
Karlsruhe 1967.

ALAUZET, Traité générale des assurances, Paris 1844.

ALBALADEJO, La persona jurídica, Barcelona 1961.

ALBALADEJO, Instituciones de Derecho civil, Barcelona 1961.

ALBALADEJO, Derecho civil, I y II, Barcelona 1970.

ALBORNOZ, Arte de los contratos, Valencia 1537.

ALIMENA, Il delitto commesso dall'assicurato come causa di  
morte dell'assicurato stesso, Ass. 1940, I, pag. 72.

ALIMENA, Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita, Ass. —  
1935, I, pag. 191.

ALIMENA, Il suicidio nella formulazione della nuova legisla-  
zione sul contratto di assicurazione, Ass. 1942, I, pag.  
210.

ALONSO CORTES, Fundamento de la responsabilidad civil delictual, Valladolid 1961.

ALVAREZ del MANZANO-BONILLA-MINANA, Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero, Madrid —  
1916.

ANCEY, Les assurances de responsabilité. Les objets, les personnes et les faits dont on est responsable, Paris —  
1906.

ANCEY-SICOT, La loi sur le contrat d'assurance, Paris 1930.

ANDRE-HOSTE, Les assurances de Droit Commun, Bruxelles 1964.

ANGEIONI, Assicurazione di responsabilità civile, Enc. del —  
Dir., III, Milano 1958.

ANSAIDIS, Discursus legales de commercio et mercatura, Roma  
1689.

- ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, I, Madrid 1949.
- ARANGIO RUIZ, *Lata culpa dolus est*, *Dizionario pratico del Diritto privato*, III, 2, Milano 1932-1934.
- ARNOULD, *On the law of Marine Insurance and Average*, 1<sup>a</sup> ed. London 1924; 15<sup>a</sup> Ed. London 1961.
- ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo ed inversione convenzionale dell'onere della prova*, *Foro it.* 1936, I, pag. 1010.
- ASQUINI, *Il dolo dei dipendenti dell'assicurato nell'assicurazione responsabilità civile*, *Ass.* 1959, I, pag. 253.
- BADELLINO-CARACCIOII-MARINI, *Cenni sulla disciplina della frode in assicurazione in taluni ordinamenti europei. Atti del Convegno di Studi Giuridici della Camera Penale de Trieste*, Padova 1968.
- BALDASSERONI, *Trattato delle assicurazioni marittime*, Firenze 1786.
- BANFIELD, *Principles and law of accident insurance*, London 1950.
- BARBERO, *Responsabilidad penal de las personas juridicas*, R.D.M. 1957, pag. 285.
- BARREIRO, *Trascendencia del riesgo anormal en la circulación*, *Rev. Der. circulación* 1964, pag. 529.
- BARREIRO, *Comentarios sobre el seguro obligatorio de vehiculos de motor*, Madrid 1965.
- BASTID y otros, *La personnalité morale et ses limites*, Paris 1960.
- BEAUDONNAT, *Des clauses de non responsabilité et de l'assurance des fautes*, Paris 1927.
- BECQUE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. Trim. Droit Civ.* 1914, pag. 320.



- BEDARRIDE, Du commerce maritime, Commentaire du Code de commerce, IV, Paris-Aix 1888.
- BENITEZ de LUGO REYMUNDO, Tratado de seguros, Madrid 1955.
- BENITEZ de LUGO REYMUNDO, El seguro obligatorio de vehiculos de motor y su proyección indemnizatoria, Madrid 1965.
- BENITEZ de LUGO RODRIGUEZ, Tratado de seguros, Madrid 1942.
- BENITO, L., Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1924-1929.
- BIANCHI, Il contratto di assicurazione nel medio-evo, Genova 1884.
- BENSA, Francesco di Marco Prato, Milano 1928.
- BERLINGIERI, La polizza di carico e le convenzione internazionale di Bruxelles di 25 agosto 1924, Genova 1932.
- BESSON, Reflexions sur l'art. 13 de la loi du 13 juillet 1930, R.G.A.T. 1943 pag 13
- BESSON, Vers une certaine coordination des lois sur le contrat d'assurance dans le six pays du Marché Commun, R.G.A.T. 1966, pag. 146.
- BEZZOLA, La responsabilità del debitore à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation, Genève 1937.
- BLANCARD, Documents inédits sur le commerce de Marseille - au moyen age, Aix-Marseille 1884-85.
- BLANCO CONSTANS, Estudios elementales de Derecho Mercantil, II, Madrid 1901.
- BLUMHARDT, Der Einfluss des Kanonischen Wuchervervots auf die Entwicklung der Assekuranz, Z.Vers.Wiss. 1911, - pag. 66

- BOCCA, Ancora del dolo del dipendente nell'assicurazione -  
R.C., Dir. prat. ass. 1959, pag. 263.
- BOCCA, Rischio aggravato, non assicurato e non assicurabile  
nell'assicurazione della responsabilità civile, II  
Convegno per la trattazione di temi assicurativi, -  
Milano 1959.
- BOCCA, Gli elementi del rischio nell'assicurazione di R.C. -  
Ancora della ubriachezza nella guida dell'auto, Dir.  
prat. ass. 1964, pag. 412.
- BOITEUX, La fortune de mer, Paris 1968.
- BOLAFFIO, Derecho Mercantil (Anotado por J.L. de BENITO),  
Madrid 1935.
- BONELLI, Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità  
dell'imprenditore, Milano 1968.
- BONET, Codice civil comentado, Madrid 1964.
- BONET RAMON, Compendio de Derecho civil, I, Madrid 1959.
- BONNECASSE, Osservazioni critiche d'insieme sulla legge fran-  
cese relativa al contratto d'assicurazione, Ass. 1935  
I, pag. 328.
- BORRAJO, Los auxiliares del comerciante en el Derecho espa-  
ñol, R.D.M. 1957, I, pag. 7
- BOSCO, Consilia egregii domini, Lodani 1620.
- BOUTAUD, Des clauses de non-responsabilité et de l'assuran-  
ce des fautes. (Prologo de THALLER), Paris 1895.
- BROSETA, Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1971.
- BRUCK, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin-  
Leipzig 1929
- BRUCK, Das Privatversicherungsrecht, Mannheim-Berlin-Leip-  
zig 1930.

- BRUCK, Lineamenti generali della legislazione germanica sulle assicurazioni private, Legislazione mondiale, sulle assicurazioni private, IV, Legislazione germanica, Roma 1935.
- BRUCK-DOERSLING, Das Recht der Lebensversicherungsvertrages, - Mannheim-Berlin-Leipzig 1933.
- BRUCK-MOELLER, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, I, Berlin, 1961.
- BRUNETTI, Diritto Marittimo Privato italiano, II, Torino 1929.
- BRUNETTI, Derecho Maritimo Privado Italiano, Barcelona 1950-1951.
- BUTTARO, Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo, Ass. 1955, I, pag. 69.
- BUTTARO, Assicurazione sulla vita, Enc. del Dir. III, Milano-1958 pag. 641.
- CAMERA PENALE di TRIESTE, la frode in assicurazione, Padova - 1968.
- CAÑO, Derecho español de seguros, Madrid 1971.
- CAPITANT, La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, Paris 1930.
- CAPMANY, Código de las costumbre maritimas de Barcelona, Madrid 1791.
- CARRESI, Qualificazione giuridica del terzo sulla cui vita è stipulato il contratto di assicurazione, Ass 1958, I, pag. 33.
- CARTON de TOURNAI-Van der MEERSCH, Précis des assurances terrestres en Droit belge, Bruxelles 1970.
- CASABO, en CORDOBA-RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal, Barcelona 1972.

- CASAREGIS, Discursus legales de commercio, Genuae 1707.
- CASTAN, Derecho civil español, común y foral, I, 2, Madrid 1963; III, 9ª ed. Madrid 1958, 10ª ed. Madrid 1967; IV, Madrid 1961 (reimpresion de 1969).
- CASSANDRO, Assicurazione, Premessa storica, Enc. del Dir. III, Milano 1958.
- CASTEJON, Faltas penales, gubernativas y administrativas, Madrid 1950
- CASTELLANO, Le assicurazioni private, Torino 1970.
- de CASTRO, El negocio jurídico, Madrid 1967.
- CAUVET, Traité des assurances maritimes, I, Paris 1879.
- CIAN, Lata culpa dolo aequiparatur, Riv. Dir. Civ. 1963, pag. 152.
- CLEIRAC, Us et coutumes de la mer, Rouen 1661.
- COCRAL-RIEDMATTEN, Les responsabilités civiles diverses et le contrat d'assurance, Versailles 1966.
- COHN, System der Nationalökonomie, III, Stuttgart 1898.
- COLASSO, I fatti dolosi dei dipendenti dell'assicurato nella assicurazione della responsabilità civile, ASS. 1956 II, 2, pag. 42.
- COLASSO, Ancora dei fatti dolosi dei dipendenti dell'assicurato nella assicurazione della responsabilità civile Ass. 1958, II, 2, pag. 20.
- COLASSO, Note sulla questione del rischio anormale, Dir. prat. ass. 1967, pag. 171.
- COLINVAUX, The Law of Insurance, London 1970.
- COLINVAUX, Carver's Carriage by sea, London 1971.
- CORDOBA, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona 1962



COSACK, *Traité de droit commercial*, III, Paris 1907.

COSSIO, *El dolo en el derecho civil*, Madrid 1955.

COSSIO, *Hacia un nuevo concepto de persona jurídica*, A.D.C. 1954, pag. 650.

COSSIO, *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español*, A.D.C. 1966, pag. 527.

De COURCY, *Questions de droit maritime*, II, Paris 1877.

CUELLO CALON, *Derecho penal*, I, 1, Barcelona 1971; II, Barcelona 1967.

De CUPIS, *Il danno*, Milano 1966-1970.

CHAIMERS, *The Marine Insurance Act*, London 1907.

CHAUFTON, *Les assurances*, I, Paris 1884.

CHAUVEAU, *Traité de droit maritime*, Paris 1958.

CHECCHINI, *I precedenti e lo sviluppo storico del contratto di assicurazione*, *Scritti Giuridici e Storico Giuridici*, Padova 1958, pag. 343.

CHERUBINO, *La colpa dell'assicurato nell'avveramento del sinistro*, *Saggi in Scienze Assicurative*, III, Pisa — 1939, pag. 42.

CHIAUDANO-MORESCO, *Il cartolare di Giovanni Scriba*, Torino 1935.

CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, Madrid 1928.

DAICQ, *Les nouvelles. Droit civil. - V. - Traité de la responsabilité civile*, I, Bruxelles 1959.

DANJON, *Traité de droit maritime*, Paris 1910-1916.

DAVID, *Vers une nouvelle eclipse de la faute lourde*, *Homage a V. GOTHOT*, Liège 1962, pag. 117

DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, IV, Paris 1924.

DERNBURG, Pandette, II, Torino 1903.

DESJARDINS, Traité de Droit Commercial maritime, IV, Paris - 1878

DIAMOND, The Law of Master and Servant, London 1946.

DIARIO de sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados. Año 1883

De DIEGO, Instituciones de Derecho Civil español, Madrid - 1927-1932.

DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid 1970.

DOLDER, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen, Bern 1939.

DOMINEDO, Le clausola di assicurazione, Ass. 1941, I, pag. 105.

DOMINGO de MORATO, El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus interpretes, en especial de las Instituciones de D. Juan SALA, II, Valladolid 1868.

DOMINGUEZ, Ilustración y continuación a la Curia Filipica, III, Valencia 1770.

DONATI, Il sinalagma nel contratto di assicurazione, Ass. - 1937, I, pag. 399.

DONATI, L'evoluzione giuridica internazionale dell'assicurazione di responsabilità civile, Atti del I.N.A., X Roma 1938.

DONATI, L'inassicurabilità del rischio, Riv. Dir. Nav. 1950 - pag. 192.

DONATI, Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private Milano 1952-1956.

DONATI, Manuale di diritto delle assicurazioni private, - Milano 1961

DOORHOUT-MEES, Schadeverzekeringsrecht, Zwolle 1952.

DOR, L'influence du suicide sur le sort du contrat d'assurance-vie et du contrat d'assurance individuelle contre les accidents, Bull. ass. 1941, pag. 281.

DOUARD, La faute inexcusable dans le régime de sécurité sociale, Paris 1961.

DOVER, A Handboock to marine insurance, London 1936.

DUQUE, Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición del asegurador, Coloquios de la SEAIDA, Madrid - 1963.

DUQUE, El deber del tomador en la proposición del seguro obligatorio de automoviles, Zweiter Weltkongress... (A.I.D.A.), pag. 236.

DUQUE, Seguro individual de accidentes y repetición del - asegurador, Rev. Der. Circ. 1968, pag. 31.

DURANTE, Aggravamento, rischio escluso e rischio anormale nell'assicurazione de responsabilità, Ass. 1959, I, pag. 456.

DURANTE, L'alea e il contratto di assicurazione, Dir. prat. ass. 1961, pag. 467.

DURANTE, Tentativi di definire l'anormalità del rischio, - Responsabilità civile e previsione 1962, pag. 121.

DURANTE, Manuale per l'assicurazione de responsabilità civile, Milano 1962.

DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, Milano - 1964.

DURANTE, Del rischio anormale nell'assicurazione di responsabilità, VII Convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano 1965.

DURANTE, L'assicurazione della responsabilità imprenditoriale, Milano 1967.

- DURANTE, La responsabilit  del professionista e la sua assicurazione, Milano 1970.
- Van EECKHOUT, Manuel d'assurance, Bruxelles 1929.
- EHREMBERG, Versicherungsrecht, Leipzig 1893.
- EHREMBERG, Privatversicherungsrecht, Berlin 1923.
- EHRENZWEIG, Versicherungsvertragsrecht, II, Wien-Leipzig 1935
- EHRENZWEIG, Die schuldhaft e Herbeiführung des Versicherungsfalles nach die Personenh ufung in Versicherungsverhältnis, Z. Vers. Wiss. 1923, pag. 34.
- EHRENZWEIG, Deutsches (oesterreichisches) Versicherungsvertragsrecht, Wien 1952.
- EMERIGON, Traité des assurances et des contrats a la grosse, Marseille 1783.
- ENGISCH, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin 1930.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLF, Tratado de Derecho Civil. (traducci n y notas de PEREZ GONZALEZ y ALGUER), II, 1, Barcelona 1954; II, 2, Barcelona 1950.
- ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho administrativo, Madrid 1965.
- ESCOBAR, Universae theologia moralis, Lugduni 1663.
- ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, Traité pratique de Droit civil - francais, VI, Paris 1930.
- ESPIN, Manual de Derecho Civil Español, III, Madrid 1970.
- ESTASEN, Instituciones de derecho mercantil, Madrid 1890-1907.
- ESTASEN, Los seguros, Barcelona 1906.
- FABREGAS del PILAR, La responsabilidad del Estado, sus autoridades y funcionarios, R.G.L.J. 1957, pag. 701.



FACULTAD de CIENCIAS ECONOMICAS de BILBAO, El seguro de responsabilidad civil en la Ley del automóvil, Bilbao-1963.

FANELLI, L'assicurazioni private nella giurisprudenza italiana, Roma 1941.

FANELLI, Assicurazione sulla vita, Nuovissimo Digesto italiano, I, 2, Torino 1958, pag. 1389.

FANELLI, L'assicurazione privata contro gli infortuni, Roma-1945.

FANELLI, In tema di esonero della responsabilità del vettore marittimo, Ass. 1950, II, pag. 22.

FANELLI, Ancora sulla validità, sugli effetti e sulla realeportata della "insurance clause", Saggi di diritto delle assicurazioni, Milano 1971.

FANELLI, Delimitazione del rischio assicurato e limitazione della responsabilità, Ass. 1948, II, pag. 30.

FARIÑA, Derecho comercial marítimo, IV, Barcelona 1956

FECCI, L'assicurazione incendio, Milano 1962.

FERNANDEZ ELIAS, Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español, Madrid 1873.

FERRARA, Negozio illecito, Milano 1902.

FERRARA, Responsabilità contrattuale per fatto altrui, Scritti Giuridici, II, Milano 1954

FERRARA, Le persone giuridiche, Torino 1956.

FERRARINI, Il problema della validità della cosiddetta "insurance clause", Foro it. 1950, I, pag. 1098.

FERRARINI, In tema de delimitazione del rischio assicurato e di prova della causa del sinistro, Foro it. 1950 pag. 412

FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, I, Murcia 1946.

- FERRI, Manuale de Diritto commerciale, Torino 1965.
- FEYAERTS y otros, Les nouvelles. Droit commercial. V. -- Les -- assurances, Bruxelles 1966.
- FIORENTINO, L'assicurazione contro i danni, Napoli 1949.
- FOSSEREAU, La notion d'incendie, Paris 1963.
- FRAIPONT, La réforme des assurances. Reflexions sur un ancien project et un nouveau traité, Hommage a V. GOTHOT, -- Liège 1962, pag. 241.
- FRANHEIM, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Hamburg 1927.
- GAETANO, Prospettive per la disciplina dell'essercizio assicurativo nella Comunità Economica Europea, Ass. 1970 I, pag. 349.
- GARCIA, Tratado utilissimo y muy general de todos los contratos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer, Valencia 1583.
- GARCIA AMIGO, Clausulas limitativas de la responsabilidad -- contractual, Madrid 1965
- GARCIA AMIGO, La relación contractual entre las agencias de transportes y los usuarios de sus servicios ; legislación y condiciones generales de contratación, R.D. M. 1964, pag. 311.
- GARCIA OVIEDO, Las contravenciones de policia, R.G.L.J. 1926 pag. 602.
- GARCIA QUEVEDO, Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538, Burgos 1905.
- GARRIDO COMAS, El contrato de seguro, Barcelona 1954.
- GARRIDO FALLA, Los medios de policia y la teoría de las sanciones administrativas, Rev, Admon. pública 1959 pag. 12.
- GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, II, Madrid-1960.

- GARRIGUES, Contrato de seguro terrestre, Madrid 1973.
- GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, I, Madrid 1972; II, Madrid 1969.
- GASPERONI, La c.d. surroga dell'assicuratore, VII Convegno - per la trattazione di temi assicurativi, Milano 1968
- GASPERONI, La causa dell'evento di assicurazione, en Assicurazioni Private (Scritti Giuridici) Padova 1972, pag. 215
- GASPERONI, Tesi anomale e rischi... anormali nell'assicurazione, Studi in onore di A. DONATI, II, Roma 1970, pag. 346.
- GASPERONI, Le assicurazioni, Milano 1966.
- GAY de MONTELLA, Código de comercio español comentado, Barcelona 1948
- GERHARD-HAGEN, Kommentar zum deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin 1908.
- GERI, In tema di illecito permanente nelle assicurazioni di responsabilità civile, Ass. 1967, I, pag. 115
- GERI, L'anormalità del rischio nelle assicurazioni della R. C., VII Convegno per la trattazione... Milano 1965
- GHERSI, Il rischio suicidio nella assicurazione sulla vita, Ass. 1954, I, pag. 152
- Von GIERKE, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1909, pag. 721.
- Von GIERKE, Deutsches Privatsrecht, II, München-Leipzig 1917.
- Von GIERKE, Versicherungsrecht, II, Stuttgart 1947.
- Von GIERKE, Derecho comercial y de la navegación, Buenos Aires 1957.
- GILLIODTS van SEVEREN, Coutume de la ville de Bruges, II, - Bruxelles 1875.

GINBERNAT, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid 1966.

GIULI, Teoria delle obbligazioni, II, Torino 1930.

GODART-PERRAUD-CHARMANTIER, Code des assurances, Paris 1937.

GOLDMAN, Droit commercial européen, Paris 1971.

GOLDSCHMIDT, Storia universale del Diritto commerciale, Torino 1913.

GOLDSCHMIDT, La Lex Rhodia, Il germinamento. Il consiglio di bordo, Catania 1890.

GOLDSCHMIDT, System des Handelsrechts, Stuttgart 1892.

GOMEZ de la SERNA, Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español, II, Madrid 1863.

GOMEZ de la SERNA-MONTALBAN, Elementos del Derecho civil y penal de España, Madrid 1874

GOMEZ de la SERNA-REUS, Código de comercio anotado y concordado, Madrid 1878.

GONZALEZ de ECHAVARRI, Comentarios al Código de comercio, IV, Valladolid 1933.

GONZALEZ HUEBRA, Curso de Derecho Mercantil, II, Madrid 1854.

GOVARE, L'assurance maritime française, Paris 1960.

GRATTON, Esquema de una historia del seguro, Buenos Aires - 1955

GRECO, Colpa dell'assicurato e onere della prova, Ass. 1935 II, pag. 338.

GROIZARD, El Código penal de 1870 concordado y comentado, I, Madrid 1902.

GULLON, Curso de Derecho Civil. Contratos en especial, Madrid 1968.



- GUTIERREZ ALVIZ, Diccionario de Derecho romano, Madrid 1948.
- HAGEN, Das Versicherungsrecht, en EHRENBURG, Handbuch des gesamten Handelsrecht, VIII, Leipzig 1922.
- HAYOIT de TERMICOURT, Dol et faute lourde en matière d'inevitable des contrats, Journ. Trib. 1957, pag. 601.
- HALPERIN, Los seguros en el regimen capitalista, Madrid s. d.
- HARDY-IVAMY, General Principles of Insurance Law, London 1970.
- HEMARD, Theorie et pratique des assurances terrestres, Paris - 1924.
- HENRIOT, Le dommage anormal, Paris 1900.
- HENUSSE, La notion de faute dans l'art. 16 de la loi du 11-juin 1874, Bull. ass. 1933, pag. 828.
- HEVIA BOLAÑOS, Curia Filipica, Madrid 1973.
- HOCHGRABER, L'assurance des risques de contrebande en droit allemand, Rev. intern. de droit des assurances maritimes 1928, pag. 21.
- D'HOTEL, Risques inassurables, Lille 1937.
- HUVELIN, Etudes d'histoire du Droit commercial romain, Paris 1929.
- IGLESIAS, Derecho romano, Barcelona 1958.
- IGLESIAS PRADA, Administración y delegación de facultades - en la sociedad anónima, Madrid 1971.
- IHERING, De la faute en Droit privé, Paris 1888.
- JAMBU-MERLIN, Dol et faute lourde, Dalloz heb. 1955 Ch. 92 - pag. 89.
- JANSSENS-BRIGODE, L'assurance de responsabilité, Bruxelles 1961.
- JAUFRET, La responsabilité civile en matière d'accidents - d'automobiles, Paris 1965.

JIMENEZ de ASUA, Tratado de Derecho Penal, III, Buenos Aires 1965.

JOCEF, Die schuldhaftige Verursachung des Brandes durch Vertreter des Versicherungsnehmers, L.Z. 1907 pag. 483.

JOSEF, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen - Dritter, Z. Vers. Wiss. 1911 pag. 200.

JOSEF, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles, Z. Vers. Wiss. 1913, pag. 233.

JOSSERAND, Le renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, Dalloz heb. 1939, pag. 29.

JULLIOT de la MORANDIERE, en COLIN-CAPITANT, Traité de Droit Civil, II, Paris 1959.

KISCH, Grundsätzliches zum Begriff des Versicherungsfalles, Z. Vers. Wiss. 1935, pag. 84.

KISCH, Handbuch des Privatsversicherungsrechtes, Munich-Berlin-Leipzig 1920.

KLEINDIENST, Die entsprechende Anwendung des par. 278 BGB bei mitwirkenden Verschulden, Neue Jur. Wochenschrift 1960, pag 2028.

KOENIG, Droit des assurances, Lausanne 1962.

KOENIG, Schweizerisches Privatsversicherungsrecht, Bern 1960

KREUZHAGE, La frode in assicurazione e l'infortunio fraudolento, L'assicurazione 1960, pag. 142.

KURICKE, De iure maritimo hanseatico, Hamburg 1667.

LABBE, Commentaire a l'arret Civ. de 15 mars 1876, Recueil - Sirey 1876, I, pag. 337.

LAURENT, Principes de Droit civil, XX, Bruxelles 1876.

LALOU, La responsabilité civile, Paris 1932.

LALOU, La gamme des fautes, Dalloz heb. 1940

- LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, - Bruxelles 1944.
- LANGIE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona 1950 -1959.
- LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid 1958.
- LATTES, *L'assicurazione e la voce "securarse" in documenti genovesi del 1191 e 1192*, Riv. Dir. Com. 1927, I, pag. 64.
- LEFEBVRE D'OVIDIO, *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma 1939.
- LEFEBVRE-PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, - Milano 1964.
- LENNE, *Das Versicherungsgeschäft für fremde Rechnung*, Marburg 1911
- LEON, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, Estudios en honor del Prof. CASTAN, Pamplona 1969, pag. 265.
- LEPARGNEUR, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, IX. Le contrat d'assurance, Paris 1932
- LIPPMANN, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid* - Leyde 1951.
- LOPEZ, Fernao, *Colleção de livros ineditos de historia portuguesa publicados de orden da Academia Real de Sciencias de Lisboa*, IV, Lisboa 1434.
- LOPEZ, *Instructorium negotiantium duobus contractus libris*, Salamanca 1589
- LORDI, *Instituzioni di Diritto Commerciale*, Padova 1943.
- LUGO, *Disputationum de Justitia et Jure*, II, De contractibus in communi et in particulari, Lugduni 1670.
- LUREAU, *La faute en l'assurance maritime*, Droit mar. françois 1956, pag. 511.

LYON CAEN-RENAULT, Traite de Droit Commercial, Paris 1898-1903. (5<sup>e</sup> ed. 1924-1929).

MAC GILLIBRAY-BROWNE, Insurance Law, London 1961

MAIORCA, Colpa civile, Enc. del Dir., VII, Milano 1960, pag. - 534.

MAISS, Uebersicht der neueren Rechtsprechung in nicht maritimen Versicherungssachen, Z.H.R. 1869 pag. 45.

MANES, Teoria general del seguro, Madrid 1930.

MANES, Versicherungslexikon, Berlin 1930.

MANRESA, Comentarios al Código civil español, VIII, 1, Madrid 1950.

MANTOVANI, Assicurazione di R.C. e guida senza occhiali, Ass. 1965, II, 2, pag. 21.

MARGEAT-FAVRE ROCHEX, Précis de la loi sur le contrat d'assurance, Paris 1971.

MARINELLI, Sul regime convenzionale dell'onere della prova del sinistro, Ass. 1948, II, pag. 89.

MARINELLI, Noterelle sul dolo dell'assicurato e dei dipendenti nell'assicurazione obbligatoria R.C. auto e - natanti, Ass. 1971, I, pag. 146.

MARTI, L'assicurazione obbligatoria automobilistica in Spagna, Ass. 1964, pag. 355.

MARTI de EIXALA, Instituciones del Derecho Mercantil de España, Barcelona 1865.

MARTI de EIXALA-DURAN, Instituciones de Derecho Mercantil de España, Barcelona 1911.

MAURACH, Deutsches Strafrecht (Besonderer Teil), Karlsruhe 1956.

MAZEAUD, L'assimilation de la faute lourde au dol, Dalloz heb. 1933, pag. 49.



- MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, II, Paris 1958.
- MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires 1963
- MENDEZ de SAN JUAN, *Theologia moralis de Justitia et Jure. De assecuratione*, Madrid 1671.
- MENENDEZ, Aurelio, *Auxiliares del empresario*, R.D.M. 1959, I pag. 269.
- MENENDEZ, Aurelio, *La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de comercio*, R. Esp. de Derecho Marítimo 1966-1967, pag. 65.
- MENENDEZ, Aurelio, *La noción de paratería en el seguro marítimo*, A.D.C. 1970, pag. 241.
- MENEU, *Los riesgos excluidos del seguro de vida y la reserva matemática* (arts. 423 y 424 del Código de comercio), A.D.C., VIII, 1955 pag. 33.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948.
- MEYER, *Die Gleichstellung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit im franz- und deutschen Recht*, Köln 1965.
- MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, R. Trim. Dir.-Proc. civ. 1953, pag. 940.
- MOELLER, *Die rechtliche Konstruktion der Regeln über die schuldhaftes Herbeiführung des Versicherungsfalles*, J.R., P.V. 1929 pag. 325.
- MOELLER, *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sulla evoluzione del diritto della responsabilità civile e dell'assicurazione*, Ass. 1961, I, pag. 386.
- MOELLER, *Moderne teorie sul concetto di assicurazione e di contratto di assicurazione*, Ass. 1962, I, pag. 32.

- MOLINA, Disputationes de contractibus. De contractu assecurationis. Venecia 1601.
- MONETTE-De VILLE-ANDRE, Traité des assurances terrestres en Droit belge, I, Bruxelles 1949.
- MORANDI, Estudios de Derecho de seguro, Buenos Aires 1971.
- MORENO PARAMO, El suicidio y la clausula de suicidio en el contrato de seguro de vida, Riesgo y Seguro nº 19-1967, pag. 127.
- MOSSA, Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX, Madrid 1948.
- MOTIVE zum Versicherungsvertragsgesetz nebst anderen Materialien, Berlin 1963.
- MUSCHART, Commentaire de la loi du juin 1874 sur les assurances, Paris-Bruxelles 1932.
- NEUBERT, Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, Leipzig 1934.
- NUSSBAUM, Haftung für Hilfspersonen nach parag. 278 BGB in Vergleich mit dem Gemeinen und Landesrecht, Berlin 1898.
- OFFERMANN, Die Leistungsfreiheit des Versicherers bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer, Erlangen 1930.
- OLIVENCIA, Acción directa contra el asegurador, subrogación y derecho de repetición, en Coloquios de la SEAIDA Madrid 1963.
- OLIVENCIA, El comportamiento del asegurado como causa del daño, en Zweiter Weltkongress... (AIDA), pag. 237.
- PACHECO, El Código penal, I, Madrid 1848.
- PAIERMO, L'assicurazione di responsabilità civile, Napoli 1969.

PARDESSUS, Cours de Droit commercial, Paris 1841.

PARDESSUS, Collection des lois maritimes antérieures au XVIII siècle, Paris 1828-1845.

PASANISI, Aggravamento del rischio, II Convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano 1959.

PASANISI, L'art. 1898 e le "condizioni di assicurabilità". - Aggravamento di rischio e rischi esclusi, Ass. 1949 II, pag. 176.

PASANISI, Noterelle sul problema del dolo dei dipendenti nella assicurazione R.C.T., Riv. Giur. Circ. Trasp. 1960, pag. 270.

PERCY, CHARLESWORTH on Negligence, London 1962.

PERDIKAS, Die Entstehung der Versicherung in Mittelalter, - Z. Vers. Wiss. 1966, pag. 429.

PERDIKAS, Die Palermo Verträge und ihre Bedeutung für die Entstehung der Versicherung, Z. Vers. Wiss. 1970, pag. 152.

PERROT, La charge de la preuve en matière d'assurance, R. G. A. T. 1961, pag. 12.

PERSIANI, Distribuzione della prova nell'assicurazione, Il dir. mar. 1960, pag. 413.

PERSICO, L'assicurazione marittime delle merci, Genova 1932

PERSICO, Le assicurazioni marittime, Genova 1947-1949.

PERSIL, Traité des assurances, Paris 1835.

PETIT, Tratado elemental de Derecho romano, Madrid 1926.

PEYRON, Anormalità del rischio R.C., Ass. 1964, II, 2, pag. 277

PIATTOLI, L'assicurazione contro i danni dei trasporti terrestri nel Medioevo, Riv. Dir. Com. 1934, I, pag. 430.

PICARD, Note à l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation de 23 juin 1942, R. G. A. T. 1942, pag. 362

- PICARD-BESSON, Les assurances terrestres en Droit français, Paris 1964-1965.
- PICARD-BESSON, Traité général des assurances terrestres en Droit français, Paris 1938-1945.
- PIN, De l'assurance des fautes, Paris 1913.
- PINCKERNELLE, Die Herbeiführung des Versicherungsfalls, Karlsruhe 1966.
- PINO, Rischio e alea nel contratto di assicurazione, Ass. 1960 I, pag. 260.
- PIPIA, Trattato delle assicurazioni terrestri, Roma 1905.
- PIROVANO, Faute civile et faute pénale, Paris 1966.
- PLANIOL-RIPERT, Traité pratique de Droit civil français, VI, Paris 1954.
- POGGI, Consumitivo sulla questione del rischio anormale, Ass. 1966, I, pag. 240.
- PORTER, The Law of Insurance, London 1933.
- POTHIER, Traité du contrat d'assurance, Paris 1766
- POTHIER, Traité d'obligations, Paris 1861.
- PROELSS, Repräsentantendämmerung, J.R.P.V., 1936 pag. 38
- PROELSS, Versicherungsvertragsgesetz, Berlin-Munich 1965.
- PUGLIATTI, Responsabilità civile, II, Milano 1968.
- PUGLIATTI, Autoresponsabilità, en Enc. del Dir. IV, Milano - 1959, pag. 452.
- PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, II, Barcelona 1956.
- PUIG PEÑA, Culpa civil, en Nueva Enciclopedia Juridica, VI, Barcelona 1954
- PUIG PEÑA, Compendio de Derecho civil, II, 2, Barcelona 1966.



- PUIG PEÑA, *Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid 1969.
- QUENNAULT, *Traité des assurances terrestres*, Paris 1928.
- QUINTANO-GIMBERNAT, *Comentarios al Código penal*, Madrid 1966
- QUINTANO RIPOLLES, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona 1958.
- QUINTANO RIPOLLES, *Seguros y responsabilidades civiles de delictuales*, R.D.P. 1961, pag. 5.
- QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la parte especial del Derecho penal, I*, Madrid 1962.
- RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni private e sociali*, Milano 1934-1937.
- RAYNES, *A History of British Insurance*, London 1968.
- REATZ, *Geschichte des Europäischen Seeversicherungsrechts*, Leipzig 1870.
- RESCIGNO, *Il fatto degli amministratori e dei dipendenti di società e l'articolo 1900 del Codice civile*, Ass. - 1949, I, pag. 112.
- REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid 1955.
- RICCARDELLI, *La colpa nautica*, Padova 1965.
- RICHARD-MAUCORPS, *Traité de la responsabilité civile en matière d'incendie*, Paris 1883.
- RIPERT, *Observations a la Decoission du Tribunal de commerce de Bordeaux de 8 avril 1927*, DOR 1927, sup. V, pag. - 275.
- RIPERT, *Droit maritime*, Paris 1950-1953.
- RITTER, *Das Recht der Seeversicherung*, Hamburg 1922-1924.
- ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado, I*, Madrid 1948.

- ROCCO, *Responsorum legalium cum decisionibus centuriae duae ac mercatorum notabilia*, Napoli 1655
- ROBIOT, *De la faute lourde en Droit privé français*, Rev. Trim. de Droit civ. 1943, pag. 1.
- RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964.
- RODRIGUEZ ALTUNAGA, *Derecho mercantil*, Madrid 1917.
- RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid 1971.
- RODRIGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, A. D.P. 1965, pag. 68.
- ROELLI, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bern 1914.
- ROELLI-KELLER-TAENNIER, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, I, Bern 1968
- ROMERO y GINZO, *SALA novísimo o nueva ilustración del Derecho real de España*, Madrid 1843.
- Del ROSAL, *Tratado de Derecho penal español*, I, Madrid 1968.
- ROUAST, *L'interdiction d'assurance de la faute inexcusable en matière d'accident du travail*, R.G.A.T. 1947, pag. 21.
- RUBIO, *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid 1950.
- RUBIO, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid 1971.
- RUSSO, *Anormalità del rischio nell'assicurazione della R.C.*, VII Convegno per la trattazione di temi assicurativi-Milano 1965.
- Van RYN-HEENEN, *Principes de Droit commercial*, IV, Bruxelles 1965.
- SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris 1884.

- SAINZ de BUJANDA, En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario, A.D.P. 1968, pag. 103.
- SALANDRA, Assicurazione sulla vita, contro la responsabilità civile e contro gli infortuni, Ass. 1940, I, pag. 307.
- SALANDRA, La colpa dell'assicurato e delle persone di cui deve rispondere nell'assicurazione contro gli incendi, Ass. 1940, II, pag. 12.
- SALANDRA, Le modificazioni del rischio nel sistema del Codice civile, Ass. 1945, I, pag. 1.
- SALANDRA, Assicurazione, in SCIALOJA-BRANCA, Commentario del Codice civile, IV, Delle obbligazioni, Bologna-Roma 1966.
- SANCHEZ CALERO, El contrato de transporte marítimo de mercancías, Roma-Madrid 1957.
- SANCHEZ CALERO, Curso de Derecho del Seguro Privado, I, Bilbao 1961.
- SANCHEZ CALERO, La influencia del comportamiento del asegurado en la garantía prevista en el contrato de seguro, en Zweiter Weltkongress... (AIDA), IV, pag. 217.
- SANCHEZ CALERO, Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro, Estudios de Derecho público y privado en homenaje a I. SERRANO, Valladolid 1966, pag. 419.
- SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1970; 3ª ed. 1973.
- SANCHEZ de MOLINA, El Derecho civil español, Madrid 1871.
- SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho civil, IV, Madrid 1899.
- SANTERNA, Tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum, Venecia 1552.
- SANTI, Il contratto di assicurazione, Roma 1965.

- SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano - 1953.
- SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid 1963
- SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid 1970.
- SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, II, Paris 1951.
- SAVATIER, *Droit des affaires*, Paris 1962.
- SCACCIA, *Tractatus de commercio et cambio*, Venecia 1669.
- SCIALOJA, *La commenda nel Diritto comune del Mediterraneo dei secoli XI-XIII*, *Saggi di Storia del Diritto — Marittimo*, Roma 1946.
- SCHAUBE, *Der Versicherungsgedanke in den Verträgen des Seeverkehrs vor der Entstehung des Versicherungswessens. Eine Studie zur Vorgeschichte der Seever-sicherung*, *Zeitsch. für Sozial und Wirtschaftsge-schichte* 1893, pag. 131.
- SCHAUBE, *Der Uebergang vom Versicherungsdarlehen zur reinen Versicherung*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 1893, pag. 481.
- SCHAPS, *Das Deutsche Seerecht*, Berlin-Leipzig 1921.
- SCHLEGELBERGER-LIESCKE, *Seehandelsrecht*, Berlin-Frankfurt - 1964.
- SCHMIDT, *Generalreferat. Einfluss des Verhaltens des Versi-cherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtra-gung*, *en Zweiter Weltkongress... (AIDA)*, IV, pag. 3.
- SCHNEIDER, *Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag*, Mün-chen 1908.
- SCHNEIDER, *Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem - Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag unter Vergleichung mit dem H.G.B., Z. Vers. Wiss.* 1905, pag. 261.



- SCHUPPISSER, Die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls nach art. 14 Abs. 2 V.V.G., Bern 1964.
- SHAWCROSS, The Law of motor insurance, London 1936.
- SICOT-MARGEAT, Précis de la loi sur le contrat d'assurance, Paris 1962.
- SILVA MEIERO, Ilícitud civil y penal, R.G.L.J. 1946, I, pag. 1.
- SILVA MEIERO, Relaciones entre el Derecho civil y el derecho penal, A.D.P. 1948, pag. 246.
- SILVA MEIERO, Instituciones y términos del derecho civil en el derecho penal, R.D.P. 1950, pag. 26.
- SMET, Traité théorique et pratique des assurances maritimes, Paris 1959-1960.
- SOHM-MITTEIS-WENGER, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrecht, München-Leipzig 1923.
- SOHR, L'exonération dans les connaissements des dommages assurables, Le droit maritime belge 1910, pag. 64.
- SOLARI, La determinazione intenzionale e colposa del sinistro, Bellinzona 1941.
- SORAVIA, Assicurazione sulla vita, Milano 1962.
- SOTGIA, Assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle polizze, Ass. 1950, I, pag. 145.
- SOTGIA, Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa, Ass. 1952, II, pag. 172.
- STEFANI, De l'assurance des fautes, Paris 1923.
- STEFANI, L'assicurazione a Venezia delle origini alla fine della Serenissima, Trieste 1956.
- STEIDL, Il contratto di assicurazioni, Milano 1961.
- STRACCHA, Tractatus de assecurationibus, Colonia 1751.

- STUPP, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, Köln 1933.
- SUMIEN, Manuel de l'assurance, Paris 1950.
- SUMIEN, Traité theorique et pratique des assurances terrestres, Paris 1957.
- TAPIA, Febrero novisimo, III, Valencia 1828.
- TARGA, Ponderationi sopra la contrattazioni marittime, Genova 1692.
- TORRALBA SORIANO, La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, A.D.C. 1971, - pag. 1143.
- La TORRE, I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato, Ass. 1966, I, pag. 703.
- La TORRE, Responsabilità e autorresponsabilità nell'assicurazione, Studi in memoria di A. TORRENTE, I, Milano 1968, pag. 571.
- TORRES LOPEZ, El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en Ordenanzas del Consulado de Bilbao, Bilbao 1931.
- TRAVIESAS, La culpa, R.D.P. 1926 pag. 18.
- TRAVIESAS, Sobre contrato de seguro terrestre, R.D.P. 1933 - pag. 297.
- TRIMARCHI, Causalità e danno, Milano 1967.
- Von TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen - Rechts, Leipzig 1910-1918.
- Von TUHR, Parte general del Derecho civil, Madrid 1927.
- Von TUHR, Teoría general del Derecho civil alemán, III, 2, - Buenos Aires 1948.
- TYTENS, Le assicurazioni in Fiandra nel Medioevo, Ass. 1957 I, pag. 41; 1958, I, pag. 279; 1959, I, pag. 309.

Les US et coutumes de la mer, Amsterdam 1788.

URLA, Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico de seguro, R.D.M. 1962, pag. 269.

URLA, El seguro marítimo, Barcelona 1940.

URLA, Derecho mercantil, Madrid 1972

VALERI, I primordi dell'assicurazione attraverso il documento del 1329, Riv. dir. com. 1928, I, pag. 613.

VALERI, Il "periculi pretium" e i precedenti romani dell'assicurazione, Ass. 1936, pag. 121.

VALIN, Nouveau commentaire sur l'Ordonance de la Marine du mois d'août 1681, La Rochelle 1760.

VALLET de GOYTISOLO, Donación, condición y conversión jurídica material, A.D.C. 1952, pag. 1241.

VANDEPUTTE, Manuel des Assurances et du Droit des assurances Bruxelles 1962.

VELLBE, El asegurador frente al tercero responsable, Madrid-1945.

VELLBE, El contrato de seguro como contrato aleatorio, R.G. D.J. 1947, pag. 349.

VICENTE y GELLA, Convenciones de no responsabilidad, R.C. D. I. 1928 pag. 655

VICENTE y GELLA, Curso de Derecho Mercantil Comparado, Zaragoza 1960.

VISINTINI, La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari, Padova 1965.

VISO, Lecciones elementales de historia y derecho civil, mercantil y penal de España, Valencia 1864.

VITERBO, L'assicurazione della responsabilità civile, Milano 1936.

VIVANTE, Il contratto di assicurazione, Milano 1885-1890.

VIVANTE, Trattato di Diritto commerciale, IV, Milano 1926.

VOISENET, La faute lourde en Droit privé français, Dijon 1934.

WALEFFE, Cours d'assurances privés, Bruxelles-Amiens 1958

WARTBURG, L'assurance sur la vie, Lausanne 1959.

WELFORD, Accident insurance, London 1932.

WETS, Nullité, annulabilité, inexistence du contrat d'assurance, Bull. ass. 1962, pag. 397.

WEYERMANN, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit nach den Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag — vom 2 april 1908, Bern 1929.

WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, I, Torino 1925.

WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, Frankfurt 1906.

ZANOBINI, Le sanzioni amministrative, Torino 1924.

ZENO, Documenti per la storia del diritto marittimo nei secoli XII-XIV, Torino 1936.

.....  
 \_\_\_\_\_



REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE  
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS  
DOCTORAL CON LA CENSURA DE *Sobre Salas y Ambros*  
MADRID, 14 de Diciembre de 1973

*P. J. J. J.*

*P. J. J. J.*

*J. J. J. J.*

*J. J. J. J.*